الاستذكار

الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه "الموطأ"
من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار

ماعلى ظهر الأرض - بعد كتاب الله
أصح من كتاب مالك "الإمام الشافعي"

تصنيف

ابن عبد البر

الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله
ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي

٣٦٨هـ ٤٦٣هـ

لقد كان أبو عمر بن عبد البر من بحور العلم
واشتهر فضله في الأقطار "الحافظ الذهبي"

يطبع لأول مرة كاملاً في ثلاثين مجلداً
بالفهارس العلمية عن خمس نسخ خطية عزيزة

المجلد الثاني والعشرون

وثق أصوله وخرج نصوصه ورقمها وقنن مسائله وصنع فهارسه

الدكتور/ عبد المعطي أمين قلعجي

دار قتيبة للطباعة والنشر
دمشق - بيروت

دار الوعي
حلب - القاهرة

الطبعة الأولى

القاهرة المحرم ١٤١٤

المصادف تموز (يوليو) ١٩٩٣

الاستذكار

الجامع لِمَذَاهِب فُقَهَاءِ الأمْصَارِ وعُلَمَاءِ الأقْطَارِ
فِيمَا تَضَمَّنَهُ المُوطَّأ مِنْ مَعانِي الرَّأي والآثارِ
وَشَرْح ذَلكَ كُلِّهُ بالإيجازِ والاختصارِ

المجلد الثاني والعشرين

٣٦ - كتاب الأقضية

يشمل أحاديث الموطأ من حديث رقم(١٣٨٨)إلى (١٣٦٢)

ويستوعب النصوص من فقرة (٣١٥٦٦) إلى (٣٣٢٠٥)



٣٦ - كِتَابُ الأَقْضِيَةِ



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله وسلم

(١) باب الترغيب في القضاء بالحق(*)

١٣٨٨ - مَالِكٌ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، زَوْجِ النَّبِيِّ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ ، فَلاَ يَأْخُذَنَّ مِنْهُ شَيْئاً ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ »(١) .

(*) **المسألة - ٦٦٨ - قال مالك والشافعي وأحمد :** حكم الحاكم لا يحل الباطل ، ولا يحل حراماً ، فإذا شهد شاهدا زور لإنسان بمال فحكم به الحاكم لم يحل للمحكوم له ذلك المال ، ولو شهدا عليه بقتل لم يحل للولي قتله مع علمه بكذبهما ، وأن شهدا بالزور أنه طلق امرأته لم يحل لمن علم بكذبهما أن يتزوجها بعد حكم القاضي بالطلاق .

وقال أبو حنيفة : يحل حكم الفروج دون الأموال ، فقال : يحل نكاح المذكورة .

(١) الموطأ : ٧١٩ ، والموطأ برواية أبي مصعب الزهري (٢٨٧٧) ، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في المسند ٢ / ١٧٨ وفي **الأم** (٧ : ٤٠) باب « في حكم الحاكم » وفي **الأم** أيضاً (٦ : ١٩٩) باب « الإقرار والاجتهاد والحكم بالظاهر » والبخاري في الشهادات (٢٦٨٠) باب من أقام البينة بعد اليمين ، و (٧١٦٩) في الأحكام : باب موعظة الإمام للخصوم ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » ٤ / ١٥٤ ، والبيهقي في السنن ١٠ / ١٤٣ و ١٤٩ ، وفي معرفة السنن (١٤ : ١٩٨٥٢) .

وأخرجه الإمام أحمد ٦ / ٢٠٣ و ٢٩٠ - ٢٩١ و ٣٠٧ ، وابن أبي شيبة ٧ / ٢٣٣ ومسلم في الأقضية (٤٣٩٧) في طبعتنا وبرقم : ٤ - (١٧١٣) في طبعة عبد الباقي ، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ، والترمذي في الأحكام (١٣٣٩) ، باب ما جاء في التشديد على من يقضى له =

٣١٥٦٦ - (قال أبو عمر)[1] : لَمْ يُخْتَلَفْ فِي إِسْنَادِ هَذَا الحَدِيثِ ، وَلاَ عَلَى هِشَامٍ ، وَقَدْ رَوَاهُ (عَنْ)[2] هِشَام ، الثَّوريُّ ، وَابْن عُيَيْنَةَ ، وَيَحيي القطَّان ، وَغَيرهم ، وَرَوَاهُ أيضاً مَعمَرٌ ، عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ عروة ، عَنْ زَيْنَبَ ، عَنْ أُمِّها - أُمِّ سَلَمَةَ - عَنِ النَّبيِّ ﷺ مِثْلَهُ .

٣١٥٦٧ - وَقَدْ رُوِيَ (مِنْ حَدِيثِ)[3] أَبِي هُرَيْرَةَ[4] ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ مِثْلُ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي « التَّمهيدِ »[5] .

= بشيء ليس له أن يأخذه ، والنسائي في آداب القضاة ٨ / ٢٣٣ باب الحكم بالظاهر ، وابن ماجه في الأحكام (٢٣١٧) باب قضية الحاكم لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً والدارقطني ٤ / ٢٣٩ ، والبيهقي في السنن ١٠ / ١٤٩ من طرق عن هشام بن عروة ، بهذا الإسناد .

وأخرجه أحمد ٦ / ٣٠٨ ، والبخاري في المظالم (٢٤٥٨) . باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه ، وفي الأحكام (٧١٨١) باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذ ، و (٧١٨٥) باب القضاء في كثير المال وقليله ، ومسلم (١٧١٣) (٥) و (٦) ، والطحاوي ٤ / ١٥٤ والدارقطني ٤ / ٢٣٩ ، والبيهقي ١٠ / ١٤٣ و ١٤٩ - ١٥٠ من طرق عن عروة ، به .

وأخرجه أحمد ٦ / ٣٢٠ ، وابن أبي شيبة ٧ / ٢٣٤ ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » ٤ / ١٥٤ والدارقطني ٤ / ٢٣٩ ، والبيهقي في السنن (٦ : ٦٦) من طريق سفيان بن عيينة ، عن هشام ، وبهذا الإسناد أخرجه الحميدي (٢٩٦) ، والبخاري في الحيل (٦٩٦٧) باب رقم (١٠) ، وأبو داود في الأقضية (٣٥٨٣) باب في قضاء القاضي إذا أخطأ والبيهقي في السنن ١٠ / ١٤٩ .

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ك) ،وزيد في (ي ، س) .

(٣) في (ي ، س) : « عن »

(٤) عن أبي هريرة ، عن رسول الله ﷺ قال : « إنما أنا بشر ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار » .

أخرجه أحمد ٢ / ٣٣٢ ، وابن أبي شيبة ٧ / ٢٣٤ - ٢٣٥ ، وابن ماجه (٢٣١٨) في الأحكام : باب قضية الحاكم لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً .

(٥) (٢٢ : ٢١٦)

٣١٥٦٨ - وَفِي هذا الحَديثِ مِنَ الفِقْهِ :

أَنَّ البَشَرَ لاَ يَعْلَمُونَ الغَيْبَ ، وَإِذَا كَانَ الأَنْبِيَاءُ يَعْرِفُونَ بِهَذا ، فَكَيْفَ يَصِحُّ لأَحَدٍ دَعوى ذَلِكَ ؟ وَهَلْ يَحْصلُ مِنْ عِلْمِ الغَيْبِ عِنْدَ مُدعيهِ إلا التَّخَرُّصَ ، وَالتَّظَنُّنَ بالنَّجامَةِ ، أَو بِالتَّكَهُّنِ ، الَّذِي هُوَ (كُلُّهُ)[1] إلا يَسِيرٌ مِنْهُ ظَنٌّ كَذِبٌ ؛ لأَنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الحَدِيثِ ، وَأَمَّا عِلْمٌ صَحِيحٌ مُتَيقَّنٌ مُتبينٌ ، فَلاَ سَبِيلَ إِليهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣١٥٦٩ - وَأَمَّا قَولُهُ : « فَلَعَلَّ بَعْضكُم أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ » يَعْنِي : أَفْطَنَ لها ، وَأَجْدَلَ بِها .

٣١٥٧٠ - قَالَ أَبُو عُبيدَةَ : اللَّحَنُ بِفَتْحِ الحَاءِ : الفِطْنَةُ ، وَاللحْن بِجزْمِ الحَاء الخَطَأُ فِي القَولِ .

٣١٥٧١ - وَفِيهِ أَنَّ القَاضِي إِنَّما يَقْضِي عَلى الخصْمِ بِما يَسْمَعُ مِنْهُ مِنْ إِقْرَارٍ ، أَو إِنْكَارٍ أَوَ بَيِّنَاتٍ عَلى حَسَبِ مَا أَمْكَنَتْهُ السنَّةُ فِي ذَلِكَ .

٣١٥٧٢ - وَفِيهِ أَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِكُلِّ مَا يقرُّ بِهِ عِنْدَهُ (المُقِرُّ)[2] لِمَنِ ادَّعى عَلَيهِ ؛ لِقَولِهِ ﷺ : « فَأَقْضِي (لَهُ بِمَعْنَى أَقْضِي)[3] عَلَيهِ بِمَا أَسْمَعُ مِنْهُ ، يُرِيدُ أَو مِنْ بَيِّنَةِ المُدَّعِي ؛ لأَنَّ هَذَا هُوَ الَّذِي يسمعُ مِمَّا يحتاجُ أَنْ يَقْضِيَ بِهِ .

٣١٥٧٣ - وَلَو أَقَرَّ المُقِرُّ عِنْدَهُ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ بِما قَدِ اسْتَوْعَبَ سَمَاعَهُ مِنْهُ ، ثُمَّ جَحدَ المُقِرُّ إِقْرَارَهُ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَحْضرْ مَجْلِسَهُ ذَلِكَ « شَهِيدَانِ »[4] وَجَبَ عَلى

---

(١) سقط في (ك) ، وزيد من (ي ، س) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) في (ي ، س) : شهود .

« القَاضِي »(١) الحَاكِمِ « القَضَاءُ »(٢) بِما سَمِعَ حضَرَهُ أَحَدٌ أو لَمْ يَحْضرهُ .

٣١٥٧٤ - هَذَا قَولُ جُمْهُورِ الفُقَهَاءِ ، وَهُوَ قَولُ الكُوفِيِّينَ ، والشَّافِعِيِّينَ ، وَغيرِهِمْ .

٣١٥٧٥ - وَاسْتَحَبَّ مَالِكٌ - رحمهُ اللَّهُ - أَنْ يحضرهُ شَاهِدَانِ وأَجَازَ فِي ذَلِكَ شهادَةَ العَدْلِ ، وَغَيرِهِ ، ولوْ علمَ أَنَّ ما شهدَ به الشهودُ عَلى غير مَا شَهدوا به أن ينفذَ علمه في ذلك دونَ شَهادَتِهم ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ ذَلِكَ اسْتِحْبابٌ عِنْدَهُ ، وَاللَّهُ المُوفِّقُ لِلصَّوَابِ .

٣١٥٧٦ - وَفِي ذَلِكَ أَيضاً رَدٌّ(٣) و إِبْطَال (للحُكْمِ بِالهَوى ، وَبِالظُّنُونِ أيضاً) .

٣١٥٧٧ - قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ : ﴿ يَادَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الهَوَى فَيضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ... ﴾ الآية [٢٦ من سورة ص] .

٣١٥٧٨ - وَقَدِ احتَجَّ بَعْضُ أَصْحَابِنَا بِهَذَا الحَدِيثِ فِي رَدِّ حُكْمِ القَاضِي (بِعِلْمِهِ)(٤) ؛ لِقَولِهِ « فَأَقْضِي لَهُ عَلى نَحو مَا أَسْمَعُ مِنهُ » وَلَمْ يَقُلْ : عَلى نَحْوِ مَا عَلِمْتُ مِنْهُ ، أَومِنْ قِصتِهِ .

٣١٥٧٩ - قَالَ : وَإِنَّما تَعَبَّدْنَا بِالحُكْمِ بِالبَيِّنَةِ ، وَالإِقْرَارِ ، وَهُوَ المَسْمُوعُ الَّذِي

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) كذا في (ي ، س) : وفي ك : في .

(٤) سقط في (ك) .

قَالَ فيه (ﷺ) : « إنما أقضي على نحوِ ما أسْمَعُ » ، وذَلِكَ المَسْمُوعُ مِنَ المُقرِّ فِي مَجْلِسِ الحُكْمِ .

٣١٥٨٠ - وَقَدْ قِيلَ فِي تأوِيلِ قولِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ : ﴿ وَآتَيْنَاهُ الحِكْمَةَ وَفَصْلَ الخِطَابِ ﴾ [ص : ٢] أنَّ فَصْلَ الخِطَابِ البَيِّنَاتُ ، أَو إِقْرَارُ مَنْ يَلْزَمُهُ إِقْرَارُهُ .

٣١٥٨١ - وَالعِلَّةُ فِي القَضَاءِ بالبَيِّنَةِ أو الإِقْرَارِ دُونَ العِلْمِ التُّهْمَةُ ؛ لأنَّ الحَاكِمَ إِذَا قَضى بِعِلْمِهِ كَانَ مُدَّعِياً عِلْمَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ، إلاَّ مِنْ جِهَتِهِ .

٣١٥٨٢ - وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ القَاضِيَ لَو قَتَلَ أَخَاهُ لِعِلْمِهِ بِأَنَّهُ قَاتِلٌ لَمْ يَجِبْ لَهُ القَوَدُ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ قَاتِلٌ عَمْداً (وَالقَاتِلُ عَمْداً)[١] لاَ يَرِثُ (مِنْهُ)[٢] شَيْئاً ؛ لِمَوْضِعِ التُّهْمَةِ فِي وِرَاثَتِهِ .

٣١٥٨٣ - وَمِنْ أَحْسَنِ مَا يُحْتَجُّ بِهِ فِي أَنَّ القَاضِيَ لا يَقْضِي بِعِلْمِهِ حَدِيثُ مَعمرٍ ، عَنِ الزُّهرِيِّ ، عَنْ عروةَ ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبيَّ ﷺ بَعَثَ أَبَا جهمٍ عَلى صَدَقةٍ ، فَلاَجَّهُ رَجُلٌ فِي فَرِيضَةٍ ، فَوَقَعَ[٣] بينهم شجاجٌ ، فَأَتَوا النَّبيَّ ﷺ ، فَأَخبَرُوهُ ، فَأَعْطَاهُم الأَرْشَ ، ثُمَّ قَالَ : « إِنِّي خَاطِبُ النَّاسَ وَمُخبرُهُم أَنَّكُم قَدْ رَضِيتُمْ ، أَرَضِيتُمْ ؟ قَالُوا : نَعَمْ ، فَصعدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَخَطَبَ ، وَذَكَرَ القِصَّةَ ، وَقَالَ : أَرَضِيتُمْ ؟ قَالُوا : لاَ ، فَهَمَّ بِهِمُ المُهَاجِرُونَ ، فَنزلَ النَّبيُّ ﷺ فَأَعْطَاهُم ، ثُمّ صَعدَ (المنبرَ)[٤] فَخَطَبَ ، ثُمَّ قَالَ : أَرَضِيتُم ؟ قَالُوا : نَعمْ[٥] .

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) في (ك) : ففرض .

(٤) سقط في (ك) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الديات ح (٤٥٣٤) ، باب العامل يصاب على يديه خطأ =

٣١٥٨٤ - وَهَذَا بَيِّنٌ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ (مِنْهُم)(١) بِمَا عَلِمَ مِنْهُم ، ولاَقَضى بِذَلِكَ عَلَيهم ، وَقَدْ عَلِمَ رِضَاهُم .

٣١٥٨٥ - وَهَذَا مُعْظَمُ مَا يحتجُّ بِهِ مَنْ لَمْ يَرَ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ .

٣١٥٨٦ - وَأَمَّا مَنْ رَأى لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ مِنْهُم : الشَّافِعِيُّ ، وَالكُوفِيُّ ، (وَسَنَذْكُرُهم بَعْدُ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ)(٢) .

٣١٥٨٧ - فَمِنْ حُجَّتِهِمْ أَنَّهُ مُستيقنٌ قَاطِعٌ لِصِحَّةِ مَا يَقْضِي بِهِ إِذَا عَلِمَهُ عِلْمَ يَقِينٍ ، وَلَيْسَتِ الشَّهَادَةُ عِنْدَهُ كَذَلِكَ ؛ لأَنَّها قَدْ تَكُونُ كَاذِبَةً ، وَوَاهِمَةً ، وَعِلْمُهُ بِالشَّيْءِ أَوكَدُ ؛ لأَنَّهُ يَنْتَفِي عَنْهُ فِي عِلْمِهِ الشَّكُّ ، والارْتِيَابُ .

٣١٥٨٨ - وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ لَهُ أَنْ يُعَدِّلَ ، وَيسقطَ العدولَ بِعِلْمِهِ ، فَكَذَلِكَ مَا عَلِمَ صِحَّتَهُ .

٣١٥٨٩ - وَأَجْمَعُوا أَيضاً عَلَى أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ مَا شَهِدَ بِهِ الشُّهُودُ عَلَى غَيرِ مَا شَهِدُوا بِهِ أَنَّهُ يَنفذُ عِلْمُهُ فِي رَدِّ شهادَتِهِم ، وَلاَ يَقْضِي بِشَهَادَتِهِم ، وَيردُّها بِعِلْمِهِ .

٣١٥٩٠ - وَمِمَّا احْتَجَّ بِهِ الشَّافِعِيُّ ، وَغَيرُهُ بِقضَاءِ القَاضِي بِعِلْمِهِ حَدِيثُ عُبَادَةَ ابْنِ الصَّامِتِ عَنِ النَّبيِّ ﷺ قَوْلُهُ : « وَأَنْ نَقُومَ بِالحَقِّ حَيْثُ مَا كُنَّا ، لاَ نَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةَ لاَئِمٍ »(٣) .

= (٤ : ١٨١ - ١٨٢) .

والنسائي في القسامة والقود والديات ، باب السلطان يصاب على يده . وابن ماجه في الديات (٢٦٣٨) ، باب الجارح يفتدي بالقود (٢ : ٨٨١) .

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) عن عبادة بن الوليد بن عبادة ، عن أبيه ، عن جده . قال : بايعنا رسول الله ﷺ على السمع =

٣١٥٩١ - وَقَولُ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهداءَ للَّهِ ﴾ [النساء : ١٣٥] .

٣١٥٩٢ - وَحَدِيثُ عَائِشَةَ فِي قِصَّةِ هِنْدَ بِنْتِ عُتْبَةَ مَعَ زَوْجِها أَبِي سُفيانَ بْنِ حَرْبٍ فِي قَولِ النَّبيِّ ﷺ فِيهِ : « خُذِي مَايكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ »[١] وَلَمْ يُكَلِّفْها بَيِّنَةً ؛ لأَنَّهُ عَلِمَ صِدْقَ قَولِها مِنْ قِبَلِ زَوْجِها ، وَحَالِهِ الَّتِي عَرَفَ مِنْهُ .

٣١٥٩٣ - وَقَالُوا : إِنَّما يَقْضِي (بِمَا يَسمعُ)[٢] فِيما طَرِيقُهُ السَّمْعُ مِنَ الإِقْرَارِ ، وَالبَيِّنَةِ ، وَأَمَّا مَا كَانَ طَرِيقُهُ عِلْمُهُ ، فَإِنَّهُ يَقْضِي فِيهِ بِعِلْمِهِ .

٣١٥٩٤ - وَلَهُمْ فِي هَذَا البَابِ مُنَازَعَاتٌ أَكثَرُها تَشْغِيبٌ .

٣١٥٩٥ - وَالسَّلَفُ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ مُخْتَلِفُونَ فِي قَضَاءِ القَاضِي بِعِلْمِهِ عَلَى حَسَبِ اخْتِلافِ فُقَهاءِ الأَمْصَارِ مِنْ ذَلِكَ .

٣١٥٩٦ - وَمِمَّا احْتَجَّ بِهِ مَنْ قَالَ : إِنَّ القَاضِي يَقْضِي بِعِلْمِهِ ، فِيمَا قَضَى بِهِ عِلْمُهُ مَعَ مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ مَارَوَيناهُ مِنْ طريق (غَيرِ وَاحِدٍ)[٣] عَنْ عروةَ ، وَعَنْ مُجَاهِدٍ

= والطاعة . فى العسر واليسر . والمنشط والمكره ، وعلى أثرة علينا ، وعلى أن لا ننازع الأمر أهله ، وعلى أن نقول بالحق أينما كنا ، لا نخاف في الله لومة لائم

رواه البخاري في الأحكام (٧١٩٩) باب « كيف يبايع الإمام الناس » الفتح (١٣ : ١٩٢) ومسلم في المغازي ، ح (٤٦٨٦) في طبعتنا ، باب « وجوب طاعة الأمراء في غير معصية » ورواه النسائي في البيعة (٧ : ١٣٨) باب « البيعة على أن لا ننازع الأمر أهله » وفي مواضع أخرى في نفس الكتاب .

ورواه في مواضع من كتاب السير (في الكبرى) على ما في تحفة الأشراف (٤ : ٢٦٠ - ٢٦١) ورواه ابن ماجه في الجهاد (٢٨٦٦) « باب البيعة » . (٢ : ٩٥٧) .

(١) تقدم في النفقات ، وانظر فهرس أطراف الأحاديث النبوية الشريفة .

(٢) سقط في (ى ، س) .

(٣) سقط في (ك) .

جَمِيعاً بِمَعْنى وَاحِدٍ ، أَنَّ رَجُلاً مِنْ بَنِي مُخْزومٍ استَعْدَى عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ عَلى أَبِي سُفْيَانَ بْنِ حَرْبٍ ؛ أَنَّهُ ظَلَمَهُ حداً فِي مَوْضعِ كَذَا ، وَكَذَا ، فَقَالَ عُمَرُ : إِنِّي لأَعْلَمُ النَّاسَ بِذَلِكَ ، وَرُبَّما لَعِبْتُ أَنَا وَأَنْتَ فِيهِ ، وَنَحْنُ غِلْمَانٌ ، فَإِذَا قَدمْتَ مَكَّةَ ، فَأْتِنِي بِأَبِي سُفْيَانَ ، فَلَمَّا قَدِمَ مَكَّةَ ، أَتَاهُ المَخْزُومِيُّ بِأَبِي سُفيانَ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : يَاأَبَا سُفْيَانَ : انْهَضْ بِنا إِلى مَوضعِ كَذَا ، فَنَهضُوا ، وَنَظَرَ عُمَرُ ، فَقَالَ: (يَاأَبَا سُفْيَانَ !)[1] خُذْ هَذَا الحَجَرَ مِنْ هنَا ، فَضَعْهُ هَاهُنَا ، فَقَالَ : وَاللَّهِ لاَ أَفْعَلُ ذَلِكَ (فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ ، فَقَالَ : لاَ، وَاللَّهِ لاَ أَفْعَلُ ، فَقَالَ)[2] وَاللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ ، فَقَالَ : لاَ أَفْعَلُ ، فَعَلاَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ، وَقَالَ خُذْهُ - لاَ أُمَّ لَكَ - وَضَعْهُ هَاهُنَا ، فَإِنَكَ قَدِيمُ الظُّلْمِ ، فَأَخَذَ أَبُو سُفْيَانَ الحَجَرَ ، وَوَضَعَهُ حَيْثُ قَالَ عُمَرُ ، ثُمَّ إِنَّ عُمَرَ اسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ ، وَقَالَ : اللَّهُمَّ لَكَ الحَمْدُ إِذْ لَمْ تُمِتْنِي حَتَّى غَلَبْتَ عَلَيَّ أَبَا سُفْيَانَ عَلى رَأْيِهِ ، فَأَذْلَلْتَهُ لِي بِالإِسْلاَمِ ، : قَالَ : فَاستَقْبَلَ القِبْلَةَ أَبُو سُفْيَانَ وَقَالَ : اللَّهُمّ لَكَ الحَمْدُ ، الَّذِي لَمْ تُمِتْنِي حَتَّى جَعَلْتَ فِي قَلْبِي مِنَ الإِسْلاَمِ مَا ذَلَلْتُ بِهِ لِعُمَرَ[3] .

٣١٥٩٧ - فَفِي هَذَا الخبر قَضَاءُ عُمَرَ بِعِلْمِهِ فِيمَا قَدْ عَلِمَهُ قَبْلَ وِلاَيَتِهِ .

٣١٥٩٨ - وَإِلى هَذَا ذَهَبَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، سَوَاءٌ عِنْدَهُم عِلمَ القَاضِي قَبْلَ أَنْ يَلِيَ القَضَاءَ ، أَو بَعْدَ ذَلِكَ فِي مِصْرِهِ كَانَ أَو غير مِصْرِهِ ، لَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ عِنْدَهُم بِعِلْمِهِ .

٣١٥٩٩ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : مَا عَلِمَهُ قَبْلَ أَنْ يَلِيَ القَضَاءَ ، أَورَآهُ فِي غَيْرِ مِصْرِهِ

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) المحلى (٩ : ٤٢٧) ، والمغني (٩ : ٥٤) .

لَمْ يَقْضِ فِيهِ بِعِلْمِهِ ؛ لأنَّهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فِي ذَلِكَ ، وَمَا عَلِمَهُ بَعْدَ أَنِ استُقضِيَ ، أورآهُ بمصْرِهِ قَضى فِي ذَلِكَ بِعِلْمِهِ ؛ لأنَّهُ فِي ذَلِكَ قَاضٍ لاَ يَحْتَاجُ أَنْ يضمَّ إِليهِ فِيمَا يَقْضِي بِهِ غيرُهُ .

٣١٦٠٠ - وَهَذَا القَولُ مَأْخُوذٌ مِنِ اجْتِمَاعِ السَّلفِ ، وَجُمهورِهم ، عَلى أنَّ مَا أَقَرَّ بِهِ المُقرُّ عِنْدَ القَاضِي ، وَهُوَ قَاضٍ يَوْمَئِذٍ أَنَّهُ يَقْضِي بِهِ .

٣١٦٠١ - وَاتَّفَقَ أَبُو حَنيفَةَ ، وأَصْحَابُهُ أَنَّ القَاضِي لاَ يَقْضِي بِعِلْمِهِ فِي شَيْءٍ مِنَ الحُدُودِ ، لاَ فِيمَا عَلمَهُ قَبْلَ وِلايَتِهِ ، وَلاَ فِيمَا (عَلِمَهُ)[١] بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلاَ فِيمَا رآهُ بِمصْرِهِ ، وَلاَ بِغَيرِ مِصْرِهِ .

٣١٦٠٢ - وَقَالَ (الشَّافِعِيُّ)[٢] وأَبُو ثَورٍ : حُقُوقُ النّاسِ ، وَحقُوقُ اللَّهِ سَوَاءٌ (فِي ذَلِكَ)[٣] ، وَالحُدودُ وَغَيرُها فِي ذَلِكَ (سَواءٌ)[٤] ، جَائِزٌ أَنْ يَقْضِيَ القَاضِي فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِعِلْمِهِ .

٣١٦٠٣ - وَقَالَ مَالِكٌ ، وأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ : لاَيَقْضِي القَاضِي فِي شَيْءٍ مِنَ الأشْيَاءِ بِما عَلِمَهُ ، لاَقَبْلَ وِلاَيَتِهِ ، وَلاَبَعْدَهَا ، وَلاَ يَقْضِي القَاضِي إلاّبِالبيِّنَاتِ ، أَوِ الإقْرَارِ .

٣١٦٠٤ - وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ (بْنُ حَنْبَلٍ)[٥] .

٣١٦٠٥ - وَ(هُوَ قَولُ)[٦] شُريح ، والشَّعبيُّ .

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) ، (٣) سقط في (ي ، س) .

(٤)سقط في (ك) .

(٥) زيادة في (ك) .

(٦) سقط في (ي ، س) .

٣١٦٠٦ - وَفِي هَذَا الحَدِيثِ أيضاً إيجَابُ الحُكْمِ بِالظَّاهِرِ دُونَ إِعْمَالِ الظَّنِّ ، والاسْتِحْسَانِ ، ألاَ ترى أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى فِي المُتَلاعِنَيْنِ بِظَاهِرِ أمْرِهِمَا ، وَمَا ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهمَا ، وَنَفَاهُ صَاحِبُهُ ، وأحْلَفَهُما بِأيْمَانِ اللِّعَانِ ، وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلى (غيرِ)[1] ذَلِكَ ، وكَانَتِ المَرْأةُ حَامِلاً ، فَقَالَ ﷺ : إِنْ جَاءَتْ بِالوَلَدِ عَلى صِفَةِ كَذَا ، وكَذَا فَهُوَ للزَّوْجِ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلى صِفَةِ كَذَا وكَذَا ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَتْ بِهِ ، فَجَاءَتْ بِهِ عَلى النَّعْتِ المَكْرُوهِ ، فَلَمْ يَلْتَفِتْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلى ذَلِكَ ؛ لأنَّ الشَّبَهَ قَدْ يُنْتَزعُ (عَنْهُ)[2] ، وَقَدْ لاَ يُنتَزَعُ ، بَلْ أمْضَى حُكْمَ اللَّهِ فِيما[3] بَعْدَ أنْ سَمِعَ مِنْها ، وَلَمْ يُعرِّجْ عَلى الظَّنِّ ، وَلاَ أوْجَبَ بِالشُّبْهَةِ حُكْماً ، وَلاَ رَدَّ بِهِ قَضَاءً سلفَ مِنْهُ مُجتَهداً فِيهِ عَلى مَا أوْجَبَهُ (الظَّاهِرُ)[4] .

٣١٦٠٧ - وَأمَّا قَوْلُهُ ﷺ : « فَمَنْ قَضَيتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أخِيهِ فَلاَ يَأْخُذْهُ ، فَإِنَّمَا أقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ » فَفِيهِ بَيَانٌ وَاضحٌ بِأنَّ قَضَاءَ القَاضِي بِالظَّاهِرِ الَّذِي يُعْتَدُّ (بِهِ)[5] لاَيحلُّ حَراماً فِي البَاطِنِ عَلى مَنْ عَلِمَهُ .

٣١٦٠٨ - وَأجْمَعَ العُلَمَاءُ (عَلى)[6] أنَّ ذَلِكَ فِي الأمْوَالِ صَحِيحٌ ، كَمَا وَصَفْنَا ؛ لِقَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ : ﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ وتُدلُوا بِهَا إِلى الحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وأنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة : ١٨٨] .

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) في (ي ، س) : إليه .

(٣) في (ي ، س) : سنته .

(٤) ، (٥) ، (٦) سقط في (ي ، س) .

٣١٦٠٩ - وَاخْتَلَفُوا فِي حَلِّ عِصْمَةِ النِّكَاحِ ، أَو عَقْدِها بِظَاهِرِ مَا يَقْضِي بِهِ الحكمُ (وَهُوَ خِلَافُ البَاطِنِ)[١] ، فَقَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّورِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَورٍ ، وَدَاوُدُ ، وَجُمهورُ العُلماءِ : الأَمْوَالُ ، وَالفُروجُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ ، وَهِيَ حُقُوقٌ كُلُّها لاَ يحلُّ مِنها القَضَاءُ الظَّاهِرُ مَا هُوَ حَرَامٌ فِي البَاطِنِ ؛ لِعُمومِ قَولِ النَّبيِّ ﷺ : « فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخيهِ فَلاَ يَأْخُذْهُ ، فَإِنَّما أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ » ، وَلَمْ يَخُصَّ حَقًّا مِنْ حَقٍّ .

٣١٦١٠ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَكَثِيرٌ مِنْ أَصْحَابِنا : إِنَّما ذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ .

٣١٦١١ - وَقَالُوا فِي رَجُلَيْنِ تَعَمَّدَا الشَّهَادَةَ بِالزُّورِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ، فَقبلَ القَاضِي بشهادَتِهما بِظَاهِرِ عَدَالَتِهما عِنْدَهُ وَهُما قَدْ تَعَمَّدَا الكَذِبَ[٢] ، فَفَرَّقَ القَاضِي بِشهادَتِهما بَيْنَ الرَّجُلِ ، وامْرَأَتِهِ ، ثُمَّ اعْتَدَّتِ المَرْأَةُ : إِنَّهُ جَائِزٌ لأَحدِ الشَّاهِدَيْنِ أَنْ يَتَزَوَّجَها ، فَإِنَّهُ عَالِمٌ بِأَنَّهُ كَانَ مِنْ شهادَتِهِ كَاذِباً .

٣١٦١٢ - (وهُوَ قَولُ الشَّعبيِّ)[٣] ؛ لأَنَّها لَمَّا حَلَّتْ للأَزْوَاجِ فِي الظَّاهِرِ كَانَ الشَّاهِدُ ، وَغَيرُهُ سَوَاءً ؛ لأَنَّ قَضَاءَ القَاضِي ، (وَحُكْمَهُ)[٤] فَرقَ بَيْنَها ، وَبَيْنَ زَوْجِها ، وَانْقَطَعَتْ عِصْمَتُهَا مِنْهُ[٥] ، وَلَولاَ ذَلِكَ مَا حَلَّتْ لِزَوجٍ غَيرِهِ .

---

(١) زيادة في (ك) .

(٢) في (ك) : الغلط .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) زيادة في (ك) .

(٥) في (ي ، س) : عصمتها عنه .

٣١٦١٣ - (وَاحْتَجُّوا بِحُكْمِ اللِّعَانِ)(١) ، وَقَالُوا : مَعْلُومٌ أَنَّ الزَّوْجَةَ إِنَّمَا وَصَلَتْ إِلى فِراقِ زَوْجِها بِاللِّعانِ الكَاذِبِ الَّذِي لَو عَلِمَ الحَاكِمُ كَذِبَها فِيهِ مَا فَرَّقَ بَيْنَها وَبَيْنَ زَوْجِها ، وَلاَ حكْمَ فِيها بِغيرِ ذَلِكَ مِنْ وُجُوبِ الحَدِّ عَلَيها : (الجَلْد)(٢) ، أَوِ الرَّجْمِ .

٣١٦١٤ - قَالُوا : فَلَمْ يَدْخُلْ هَذَا فِي مَعْنى (قَولِ)(٣) النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ ، فَلاَ يَأْخُذْهُ » .

٣١٦١٥ - قَالُوا : أَلاَ تَرى أَنَّ مَنْ شُهِدَ عَلَيهِ بِالنِّكاحِ ، أَو بَالطَّلاَقِ ، وَقَضى القَاضِي (عَلَيهِ)(٤) بِذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الامْتِناعُ مِنْهُ ، وَجَازَ الحُكْمُ بِشهادَةِ الشُّهُودِ عَلَيهِ ، وَلَزِمَهُ التَّسْلِيمُ لَهُ ، وَكَانَتْ فرقَتُهُ بِالظَّاهِرِ فُرْقَةً عَامَّةً ، فَلَمَّا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ دَخَلَ عَلَيهِ الشَّاهِدُ ، وَغَيرُهُ ، وَلَهُم فِي ذَلِكَ كَلاَمٌ يطُولُ (ذِكْرُهُ فِي ذَلِكَ)(٥) أَكْثَرُهُ لاَ يَصِحُّ ، وَلَيْسَ هَذَا مَوْضِعَهُ .

٣١٦١٦ - وَالصَّحِيحُ فِي ذَلِكَ مَا ذَهَبَ إِليهِ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، (وَجُمهورُ)(٦) فُقَهاءِ المُسْلِمِينَ أَنَّهُ لاَ يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ بالزُّورِ أَنْ يَتَزَوَّجَها وَهُوَ عَالِمٌ بِأَنَّ زَوْجَها لَمْ يُطَلِّقْها وَكَذَلِكَ غَيرُهُ إِذَا عَلِمَ لَمْ يَحِلَّ لَهُ ، وَبِاللهِ التَّوفِيقُ .

* * * * *

(١) ، (٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ك) .

(٤) سقط في (ك) .

(٥) زيادة في (ك) .

(٦) في (ي ، س) : جميع .

١٣٨٩ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سَعِيدِ بنِ الْمُسَيَّبِ ؛ أَنَّ عُمَرَ ابْنَ الخَطَّابِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ وَيَهُودِيٌّ . فَرَأَى عُمَرُ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ فَقَضَى لَهُ ، فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ : وَاللهِ لَقَدْ قَضَيْتَ بِالْحَقِّ ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بنُ الْخَطَّابِ بِالدِّرَّةِ ، ثُمَّ قَالَ : وَمَا يُدْرِيكَ ؟ فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ : إِنَّا نَجِدُ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِّ ، إِلا كَانَ عَنْ يَمِينِهِ مَلَكٌ وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ . يُسَدِّدَانِهِ وَيُوَفِّقَانِهِ لِلْحَقِّ ، مَا دَامَ مَعَ الْحَقِّ . فَإِذَا تَرَكَ الْحَقَّ ، عَرَجَا وَتَرَكَاهُ[١] .

٣١٦١٧ - **قال أبو عمر** : إِنَّما ضَرَبَ عُمَرُ اليَهُودِيَّ - واللَّهُ أعلمُ - لأَنَّهُ كَرِهَ مَدْحَهُ ، وتَزْكِيتَهُ لِحُكْمِهِ (فِي وَجْهِهِ)[٢] .

٣١٦١٨ - وأَمَّا جوابُ اليَهُودِيِّ لَهُ بَعْدَ ضَرْبِهِ إِيَّاهُ ، فَقَوْلُهُ لَهُ : وَمَا يُدْرِيكَ ؟ فَلَيْسَ عِنْدِي بِجَوابٍ ؛ لِقَوْلِهِ وَمَا يُدْرِيكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣١٦١٩ - ولَكِنَّ اليَهُودِيَّ لَمَّا عَلِمَ أَنَّ عُمَرَ كَرِهَ مَدْحَهُ لَهُ ، أَخْبَرَهُ أَنَّهُ يَجِدُ فِي كُتُبِهِ أَنَّ اللَّهَ تعالى ذِكْرُهُ يُعينُ القَاضِي عَلَى الحَقِّ ، وَيُسدِّدُ لَهُ ، وَيُوَفِّقُهُ ؟ لإِصَابَتِهِ إِذَا أَرَادَهُ ، وَقَصَدَهُ ، وَمِنْ عَوْنِهِ لَهُ أَنْ يَأْمُرَ المَلَكَيْنِ عَنْ يَمِينِهِ ، وَعَنْ شِمَالِهِ لِتَسْدِيدِهِ ، وَهَذَا كُلُّهُ تَرْغِيبٌ ، وَنَدْبٌ لِلْحَاكِمِ أَنَّ القَضَاءَ بِالحَقِّ عَلى مَا تَرْجَمَ بِهِ مَالِكٌ (البَابَ)[٣] ، وَاللَّهُ المُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ .

٣١٦٢٠ - وَرَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ هَذَا الخَبَرَ عَنْ يَحْيَى ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ اخْتَصَمَ إِلَيهِ مَسْلِمٌ ، وَيَهُودِيٌّ ، فَرَأَى أَنَّ الحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ، فَقَضَى لَهُ ، فَقَالَ اليَهُودِيُّ :

---

(١) الموطأ : ٧١٩ ، وبرواية أبي مصعب (٢٨٧٨) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(وَاللَّهِ)[١] إِنَّ المَلَكَيْنِ ؛ جِبريلَ ، وَمِيكَائِيلَ لَيَتَكَلَّمَانِ بِلِسَانِكَ ، وَأَنَّهُمَا عَنْ يَمِينِكَ ، وَشِمَالِكَ ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ ابالدِّرَّةِ ، وَقَالَ (لَهُ)[٢] : لاَ أُمَّ لَكَ ! مَا يُدْرِيكَ ؟ قَالَ : إِنَّهُمَا مَعَ كُلِّ قَاضٍ يَقْضِي بِالحَقِّ ، مَا دَامَ مَعَ الحَقِّ ، فَإِذَا تَرَكَ الحَقَّ عَرجَا ، وَتَرَكَاهُ .

فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ مَا أَرَاكَ أَبْعَدْتَ .

٣١٦٢١ - وَفِي هَذَا الحَدِيثِ مِنَ الفِقْهِ أَنَّ المُسْلِمَ ، وَالكَافِرَ ، وَالذِّمِّيَّ فِي الحُكْمِ بَيْنَهُما ، والفَصْلِ بينَ المُسْلِمينَ سَوَاءٌ .

٣١٦٢٢ - وَفِيهِ كَرَاهِيَةُ المَدْحِ فِي الوَجْهِ (إِلا مَنْ أَدبٍ ، فَافْعَلْهُ ، فَلاَحَرجَ عَلَيكَ ، وَأَنَّ الَّذِي يَرْضَى بِأَنْ يُمْدَحَ فِي وَجْهِهِ)[٣] ضَعِيفُ الرَّأْيِ .

٣١٦٢٣ - وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : سَمِعَ رَجُلاً يَمْدَحُ رَجُلاً ، فَقَالَ لَهُ : « أَمَا إِنَّكَ لَو صَنَعْتَهُ ، لَقَطَعْتَ ظَهْرَهُ »[٤] .

٣١٦٢٤ - وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ « المَدْحُ فِي الوَجْهِ هُوَ الذَّبحُ »[٥] .

٣١٦٢٥ - وَرُوِيَ عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « احثُوا فِي وُجُوهِ المَدَّاحِينَ التُّرَابِ » .

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) ما مضى بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٤) أخرجه مسلم في كتاب الزهد والرقائق ، ح (٧٣٦٠) ، باب النهي عن المدح إذا كان فيه إفراط وخيف منه فتنة الممدوح (٨ : ٤٥٢) من طبعتنا والبخاري في الشهادات ، ح (٢٦٦٣) ، باب ما يكره من الإطناب في المدح ، الفتح (٥ : ٢٧٦) ، وفي كتاب الأدب ، ح (٦٠٦٠) ، باب ما يكره من التمادح الفتح (١٠ : ٤٧٦) من حديث أبي موسى الأشعري (رضي الله عنه) .

(٥) أخرجه ابن ماجه في الأدب ، ح (٣٧٤٣) ، باب المدح (٢ : ١٢٣٢) . من حديث معاوية بن أبي سفيان (رضي الله عنهما) .

٣١٦٢٦ - وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ مِنْ حَدِيثِ المِقْدادِ بْنِ الأَسْوَدِ[١] .

٣١٦٢٧ - وَهَذَا عِنْدَهُم فِي المُوَاجَهَةِ وَفِيهِ تَرْكُ الردِّ عَلى أَهْلِ الكِتَابِ فِيمَا يُخْبِرُونَ بِهِ عَنْ كِتَابِهِم ، « فَلاَ تُصَدِّقُوهُم وَلاَ تُكَذِّبُوهُم » ؛ لِئَلا يُصَدِّقَ بِبَاطِلٍ ، أَو يكَذِّبَ بِحَقٍّ .

٣١٦٢٨ - قَالَ ﷺ « حَدِّثُوا عَنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ ، وَلاَ حَرجَ ، وَحَدِّثُوا عَنِّي ، وَلاَ تَكْذِبُوا عَلَيَّ »[٢] .

٣١٦٢٩ - وَقَدْ فَسَّرَ الشَّافِعِيُّ مَعْنى هَذَا الحَدِيثِ بِمَا قَدْ (ذَكَرْتُهُ)[٣] فِي غَيرِ هَذَا المَوْضِعِ .

---

(١) أخرجه مسلم في الزهد والرقائق ، ح (٧٣٦١ - ٧٣٦٣) ، باب النهي عن المدح إذا كان فيه إفراط وخيف منه فتنة على الممدوح (٨ : ٤٥٢ - ٤٥٣) من طبعتنا وأبو داود في الأدب ، ح (٤٨٠٤) ، باب في كراهية التمادح (٤ : ٢٥٤) وابن ماجه في الأدب ، ح (٣٧٤٢) ، باب المدح (٢: ١٢٣٢) .
وروي عن عطاء بن أبي رباح رواه أحمد والطبراني في الكبير والأوسط ورجاله رجال الصحيح وعن أنس بن مالك رواه الطبراني في الأوسط وكذلك من حديث عبد الله بن عمرو وإسناده حسن وانظر مجمع الزوائد (٨ : ١١٧ - ١١٨) .

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده (٣ : ١٢ - ١٣) ، و (٢ : ١٥٩ ، ٢٠٢ ، ٢١٤) وأخرجه البخاري في كتاب أحاديث الأنبياء ، ح (٣٤٦١) ، باب ما ذكر عن بني إسرائيل الفتح (٦ : ٤٩٦) ، والترمذي في العلم ، باب ما جاء في الحديث عن بني إسرائيل ، وأخرجه مسلم في الزهد والرقائق ، باب التثبت في الحديث وحكم كتابة العلم ٤ : ٣٢٩٨ ط . عبد الباقي . وابن ماجه في المقدمة (١ : ١٤) من طرق بعضها عن عبد الله بن عمرو ، وبعضها عن أبي سعيد الخدري وبعضها عن أبي هريرة رضي الله عن الجميع ، وانظر معرفة السنن والآثار (١ : ١٣٨) النصوص (١٤٣) وما بعدها .

(٣) سقط في (ك) .

٣١٦٣٠ - حَدَّثَنِي سَعِيدٌ ، وَعَبْدُ الوَارِثِ ، قَالاَ : حَدَّثَنِي قَاسِمُ (بْنُ أصبغ)[١] ، قَالَ ؟ حَدَّثَنِي ابْنُ وَضَّاحٍ ، قَالَ : حَدَّثَنِي أَبُو بَكْرٍ (بْنِ أَبِي شَيْبَةَ)[٢] ، قَالَ : حَدَّثَنِي وَكِيعٌ ، قَالَ : حَدَّثَنِي إِسْرَائِيلُ ، عَنْ عَبْدِ الأَعْلَى التَّغلبيِّ ، عَنْ بِلاَلِ بْنِ أَبِي مُوسى ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَأَلَ القَضَاءَ وُكِّلَ إِلى نَفْسِهِ ، وَمَنْ يُجْبَرُ عَلَيهِ نَزَلَ عَلَيهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ »[٣] .

٣١٦٣١ - **قال أبو عمر** : رَوَى ابن عُيَيْنَةَ ، عَنْ مِسْعَرٍ ، عَنْ محارِبِ بْنِ دثار ، قَالَ : قَالَ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ : رُدُّوا الخُصُومَ حَتَّى يَصْطَلِحُوا ، فَإِنَّ قَضَاءَ القَاضِي يورثُ الضَّغَائِنَ بَيْنَ النَّاسِ[٤] .

٣١٦٣٢ - وَعَنْ أَيُّوبَ ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ قَالَ : لَمْ أَرَ شُرَيحاً أَصْلَحَ بَيْنَ خَصْمَيْنِ قَطّ إِلاَّ امْرَأَةً اسْتَوْدَعَها رَجُلٌ شَيْئاً ، فَنَقَلَتْ مَتَاعَها ، فَضَاعَ فَأَصْلَحَ بينَهُمَا .

٣١٦٣٣ - وَسُفْيَانُ ، عَنْ مُجالِدٍ ، عَنِ الشعبيِّ ، عَنْ مَسْرُوقٍ ، قَالَ : لأَنْ أَقْضِيَ يَوماً بِالحَقِّ أَحَبُّ إِليَّ مِنْ عَمَلِ سَنَةٍ .

٣١٦٣٤ - سُفْيانُ ، عَنْ أَبِي إِسْحاقَ ، عَنِ الشعبيِّ ، عَنْ مَسْرُوقٍ ، قَالَ : لأَنْ أَقْضِيَ يَوماً بحقٍّ أَحَبُّ إِليَّ مِنْ عَمَلِ سَنَةٍ .

---

(١) زيادة في (ك) .

(٢) زيادة في (ك) .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٧ : ٢٣٦) ، وأخرجه أبو داود في الأقضية ، ح (٣٥٧٨) ، باب في طلب القضاء والتسرع إليه (٣ : ٣٠٠) ، والترمذي في أول كتاب الأحكام ، ح (١٣٢٣ ، ١٣٢٤) ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي (٣ : ٦٠٤ - ٦٠٥) . وابن ماجه في الأحكام ح (٢٣٠٩) ، باب ذكر القضاة (٢ : ٧٧٤) .

(٤) مصنف عبد الرزاق (٨ : ٣٠٣ - ٣٠٤) ، الأثر (١٥٣٠٦)

٣١٦٣٥ - سُفيانُ ، عَنْ أَبِي إِسْحاقَ عَنِ الشعبيِّ ، عَنْ شريحٍ ، قَالَ : كَتَبَ إِليَّ عُمَرُ (بْنُ الخطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)[١] : إِذَا جَاءَكَ أَمْرٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَاقْضِي بِهِ ، وَلاَ يَلْفَتنَّكَ عَنْهُ الرِّجَالُ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْهُ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَفِيمَا مَضى مِنْ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْهُ فِيما مَضى مِنْ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَفِيمَا قَضى بِهِ الصَّالِحُونَ ، وأَئِمَّةُ العَدْلِ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ، فَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَجْتَهِدَ رأيكَ ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تُؤامرنِي ، وَلاَ أرى مُؤَامرتكَ ، فَإِنِّي لاَ أسلمُ لَكَ ، والسَّلاَمُ (عَلَيكَ)[٢].

٣١٦٣٦ - وَرَوَى عِيسى بْنُ دِينارٍ ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ ، (قَالَ)[٣] : سُئِلَ مَالِكٌ أَيُجبَرُ الرَّجُلُ عَلى وِلاَيَةِ القَضَاءِ ؟ فَقَالَ لاَ ، إِلا أن (لا)[٤] يُوجدَ مِنْهُ عِوضٌ ، قِيلَ لَهُ : أَيُجبَرُ بِالحَبْسِ ، وَالضَّرْبِ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قِيلَ لَهُ ، فَالفُتيَا ؟ قَالَ : لاَ يَجُوزُ الفُتيَا إِلا لِمَنْ عَلِمَ مَا اخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ .

قِيلَ لَهُ : اخْتِلاَفُ (أَهلِ)[٥] الرَّأْيِ ؟ قَالَ : لاَ اخْتِلاَفُ أَصْحَابِ مُحَمدٍ ﷺ (ويعلم)[٦] النَّاسِخَ ، وَالْمَنْسُوخَ مِنَ القُرآنِ ، وَالحَدِيثِ .

٣١٦٣٧ - وَقَدْ أَشْبَعْنَا هَذَا المَعْنى فِي كِتَابِ العِلْمِ ، وَالحمدُ للَّهِ كَثِيرا .

* * * *

(١) زيادة في (ك) .

(٢) زيادة في (ك) .

(٣) في (ي ، س) : أنه .

(٤) سقط في (ك) .

(٥) سقط في (ي ، س) .

(٦) في (ي ، س) : في

(٢) باب ما جاء في الشهادات(*)

١٣٩٠ - مَالِكٌ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ ، عَنْ أَبِي عَمْرَةَ الأَنْصَارِيِّ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا ، أَوْ يُخْبِرُ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا »(١) .

(*) **المسألة - ٦٦٩** - الشهادة فرض كفائي إذا دعي الشهود إليه ؛ إذ لو تركه الجميع ، لضاع الحق ، ويصبح أداء الشهادة بعد التحمل فرض عين ، فيلزم الشهود بأداء الشهادة ، ولا يجوز لهم كتمانها إذا طالبهم المدعي بها لقوله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ وقوله عز وجل : ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ .

ويجب أداء الشهادة بلا طلب في حقوق الله تعالى ، كطلاق امرأة بائناً ، ورضاع ، ووقف ، وهلال رمضان ، وخلع ، وإيلاء ، وظهار .

قال الحنفية : الذي تقبل فيه الشهادة حسبة بدون الدعوى أربعة عشر وهي : الوقف ، وطلاق الزوجة ، وتعليق طلاقها ، وحرية الأمة ، وتدبيرها ، والخلع ، وهلال رمضان ، والنسب ، وحد الزنا ، وحد الشرب ، والإيلاء ، والظهار ، وحرمة المصاهرة ، ودعوى المولى نسب العبد ، وزاد ابن عابدين : الشهادة بالرضاع .

لكن الشهادة في الحدود : يخير فيها الشاهد بين الستر والإعلام ؛ لأنه يكون متردداً بين شهادتي حسبة : في إقامة الحد ، والتوقي عن هتك حرمة مسلم ، والستر أولى وأفضل ؛ لقوله ﷺ للذي شهد عنده : « لو سترته بثوبك لكان خيراً لك » وقوله عليه الصلاة والسلام : « من ستر مسلماً ، ستره الله في الدنيا والآخرة » .

وانظر في هذه المسألة : المبسوط ١٦ / ١٧٧ ، فتح القدير : ٦ / ٣ ، الدر المختار : ٤ / ٣٨٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ / ١٩٩ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٠ ، المغني : ٩ / ١٤٦ ، المهذب : ٢ : ٣٢٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته (٦ : ٥٧٧) .

(١) الموطأ : ٧٢٠ ، والموطأ برواية محمد بن الحسن (٨٤٩) ، والموطأ برواية أبي مصعب(٢٩٣١) ، وأخرجه الإمام أحمد (٤ : ١١٥) ، ومسلم في صحيحه في كتاب الأقضية ح (٤٤١٤) ، باب بيان خير الشهود (٥ : ٦٣٢) من تحقيقنا ، وأبو داود في الأقضية ، ح (٣٥٩٦) ، =

٣١٦٣٨ - (قال أبو عمر)[١] : اختُلِفَ عَلى مَالِكٍ فِي أَبِي عَمْرةَ هَذَا في إِسْنَادِ هَذَا الحَدِيثِ ، فَقَالَ فِيهِ يَحْيى بْنُ يَحيى ، وَابْنُ القَاسِمِ ، وَأَبُو مصعبٍ الزهريُّ ومُصْعَبُ الزُّبَيْرِيُّ « عَنْ أَبِي عَمْرَةَ الأَنْصارِيِّ » ، وَقَالَ القَعنبيُّ ، وَمَعْنُ بْنُ عِيس ، وَيَحيى بْنُ بكيرٍ : « عَنِ ابْنِ أبي عَمْرَةَ » .

٣١٦٣٩ - (وكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ ، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنْ مَالِكٍ ، وَسَمَّيَاهُ فَقَالاَ عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ أَبِي عَمْرَةَ)[٢] فرفعَا الإِشْكَالَ ، جَوَّدا فِي ذَلِكَ وَأَصابَا .

٣١٦٤٠ - وَبَعِيدٌ أَنْ يَرْوِيَ أَبو عَمْرَةَ الأَنْصَارِيُّ (مَعَ كِبَرِ سِنِّهِ)[٣] عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالدِ الجهنيِّ . وَأَمَّا رِوَايَةُ ابْنِهِ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ أَبي عَمْرَةَ عَنْهُ ، فَغَيرُ بَعِيدَةٍ ، وَلاَ مَرْفُوعَةٍ .

٣١٦٤١ - وَعَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ أَبِي عَمْرَةَ مِنْ خِيَارِ التَّابِعِينَ بِالْمَدِينَةِ[٤] .

٣١٦٤٢ - وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ : سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ فِي تَفْسِيرِ هَذَا الحَدِيثِ إِنَّهُ الرَّجُلُ تَكُونُ عِنْدَهُ الشهادَةُ فِي الحَقِّ ، يَكُونُ لِلرَّجُلِ ، وَلاَ يعلَمُ بِذَلِكَ قَبْلُ ، فَيُخبرُ

= باب في الشهادات (٣: ٣٠٤) ، والترمذي في الشهادات ، ح (٢٢٩٥ - ٢٢٩٧) . باب ما جاء في الشهداء أيهم خير (٤ : ٥٤٤) . والنسائي في القضاء (لعله في الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٣ : ٢٣٣) . وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٦٤) ، باب الرجل عنده الشهادة لا يعلم بها صاحبها (٢ : ٧٩٢) . وموقعه في سنن البيهقي الكبرى (١٠ : ١٥٩) .

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) ما مضى بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٣) زيادة في (ك) .

(٤) ذكره مطين في الصحابة ، وأورد له حديثاً ، وأورد له ابن السكن آخر ، وذكره ابن سعد فيمن ولد على عهد النبي (ﷺ) ، وقال : كان ثقة كثير الحديث ، وقال ابن أبي حاتم : ليست له صحبة ، وذكره ابن حبان في ثقات التابعين (٥ : ٩١) ، وانظر ترجمته في التهذيب (٦: ٢٤٢) .

بِشهادَتِهِ ، وَيَرفَعُها إِلى السُّلْطَانِ .

٣١٦٤٣ - قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : وَبَلَغَنِي عَنْ يَحيى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ : مَنْ دُعِيَ لِشهادَةٍ عَنْدَهُ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُجِيبَ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهَا الَّذِي يشهَدُ لَهُ بِهَا ، وَعَلَيهِ أَنْ يُؤَدِّيَهَا (لاَ يَعْلَمُ بِهاَ صَاحِبُهَا فَلْيُؤَدِّهَا قَبْلَ أَنْ يُسأَلَ عَنْهَا)[1] ، وَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ شهادَةٌ ، فَإِنّهُ كَانَ يُقَالُ : مِنْ أَفْضَلِ الشُّهَدَاءِ شهادَةَ رَجُلٌ أَدَّاهَا[2] قَبْلَ أَنْ يُسأَلَها .

٣١٦٤٤ - **قال أبو عمر** : تَفْسِيرُ مَالِكٍ لِهَذَا الحَدِيثِ حَسَنٌ وَتَفْسِيرُ يَحْيى بْنِ سَعِيدٍ نَحوُهُ ، وَأَدَاءُ الشّهادَةِ برٌ وَخَيرٌ ، وَقِيامٌ بِحَقٍّ ، فَمَنْ بَدَرَ إِلى ذَلِكَ ، فَلَهُ الفَضْلُ عَلى غَيرِهِ مِمَّنْ لَمْ يَنْدُرْ بِها .

٣١٦٤٥ - قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ : ﴿ فَاستَبِقُوا الخَيْرَاتِ ﴾ [المائدة : ٤٨] .

٣١٦٤٦ - وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ رُبَّما نَسِيَ صَاحِبُ الشّهادَةِ شَهادَةَ فَضْلٍ مَعْلُوماً لاَ يَدْرِي أَيْنَ هُوَ ؟ وَلاَ مَنْ هُوَ ، وَيخافُ ذهابَ حَقِّهِ ، فَإِذَا أَخْبَرَهُ الشَّاهِدُ العَدْلُ بِأَنَّ لَهُ شهادَةً عِنْدَهُ فَرَّجَ كَرْبَهُ ، وَأَدْخَلَ السُّرُورَ عَليهِ .

٣١٦٤٧ - وَرُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا ، نَفَّسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الآخرة ، وَاللَّهُ فِي عَوْنِ العَبْدِ مَا كَانَ العَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ »[3] .

---

(١) ما بين القوسين زدناه من التمهيد (١٧ : ٢٩٥ - ٢٩٦) لضبط العبارة ، وليس في النسخ الخطية

(٢) ما بين الحاصرتين سقط في (ى ، س) .

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده (٢ : ٢٥٢) من حديث أبي هريرة (رضي الله عنه) ومن طريقه أخرجه الإمام مسلم بن الحجاج في صحيحه في كتاب الدعوات ، ح (٦٧٢٦) ، (٦٧٢٧) ، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر (٨ : ٢٩ - ٣٠) من طبعتنا . =

٣١٦٤٨ - وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ عمرانَ بْنِ الحُصينِ ، وَغَيرِهِ على مَا ذَكَرْنَاهُ فِي التَّمهيدِ أَنَّهُ قَالَ ﷺ : « خَيرُ النَّاسِ قَرْنِي ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُم ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ، ثُمَّ يَأْتِي قَومٌ يَتَسَمَّنُونَ ، وَيُحِبُّونَ السِّمَنَ ، يُعْطُونَ الشَّهَادَةَ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلُوهَا »[1].

٣١٦٤٩ - وَهَذَا لَيْسَ بِمُعَارِضٍ لِحَدِيثِ مَالِكٍ فِي هَذَا البَابِ .

٣١٦٥٠ - وَقَدْ فَسَّرَ (إِبْرَاهِيمُ)[2] النخعيُّ هَذَا الحَدِيثَ ، فَقَالَ فِيهِ كَلاَمَاً مَعْنَاهُ : أَنَّ الشَّهَادَةَ هَاهُنا اليَمِينُ ، أَيْ يَحلفُ أَحَدُهُما قَبْلَ أَنْ يُسْتَحْلَفَ ، وَيحلفُ حَيْثُ لاَ تُرادُ مِنْهُ يَمِينٌ .

٣١٦٥١ - وَاليَمِينُ قَدْ تُسَمَّى شهادَةً ، قَالَ اللَّهُ تعَالى (ذكره)[3] : ﴿ أَرْبع شهادَاتٍ باللَّهِ ﴾ [النور : ٦ ، ٨] أَيْ أَرْبعَ أَيْمَانٍ .

= وأبو داود في الأدب (٤٩٤٦) ، باب في المعونة للمسلم (٤ : ٢٨٧) ، والترمذي في القراءات ح (٢٩٤٥) في سننه (٥ : ١٩٥) ، وابن ماجه في المقدمة ، ح (٢٢٥) ، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم (١ : ٨٢) .

(١) أخرجه البخاري في الشهادات ، ح (٢٦٥١) ، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد (الفتح : ٨ : ٢٥٨) ، وأعاده في فضائل الصحابة وفي النذور والأيمان ، وفي الرقائق .

وأخرجه مسلم في كتاب الفضائل ، ح (٦٣٥٧ - ٦٣٥٩) ، باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم (٧ : ٥٩٧ - ٥٩٨) من طبعتنا .

وأبو داود في السنة ، ح (٤٦٥٧) ، باب في فضل أصحاب رسول الله ﷺ (٤ : ٢١٤). والترمذي في الفتن (٢٢٢٢) ، باب ما جاء في القرن الثالث (٤ : ٥٠٠ - ٥٠١) . والنسائي في النذور والأيمان (٧ : ١٨) ، باب النذر فيما لا يراد به وجه الله من طرق عن عمران بن حصين (رضي الله عنه) .

(٢) زيادة في (ك) .

(٣) زيادة في (ك) .

١٣٩١ - مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحمنِ ؛ أَنَّهُ قَالَ : قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، فَقَالَ : لَقَدْ جِئْتُكَ لأَمْرٍ مَا لَهُ رَأْسٌ وَلاَ ذَنَبٌ ، فَقَالَ عُمَرُ : مَا هُوَ؟ قَالَ : شَهَادَاتُ الزُّورِ ، ظَهَرَتْ بِأَرْضِنَا ، فَقَالَ عُمَرُ : أَوَ قَدْ كَانَ ذلِكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ لاَ يُؤْسَرُ رَجُلٌ فِي الإِسْلاَمِ بِغَيْرِ الْعُدُولِ(١).

٣١٦٥٢ - **قال أبو عمر** : أَمَّا شَاهِدُ الزُّورِ ، فَقَدْ جَاءَ فِيهِ مَا يَطُولُ ذِكْرُهُ .

٣١٦٥٣ - مِنْ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ البزارُ ، عَنْ عبادِ بْنِ يعقوبَ ، عَنْ محمَّدِ بْنِ فراتٍ ، عَنْ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ قَالَ : « شَاهِدُ الزُّورِ لاَ (تزولُ) قَدمَاهُ عَنْ مَوْضِعِهِ الَّذِي شهدَ فِيهِ حَتَّى يَتَبَوَّأَ مَقْعدَهُ مِنَ النَّارِ »(٢) .

٣١٦٥٤ - وَثَبَتَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ خُرَيْمِ بْنِ فَاتِكٍ ، وغَيرِهِ عَنِ النَّبيِّ ﷺ قَالَ : « عُدِلَتْ شَهَادَةُ الزُّورِ بالشِّرْكِ بِاللَّهِ ، وَقَرَأَ : ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ واجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ [الحج : ٣٠](٣)

---

(١) الموطأ : ٧٢٠ ، والموطأ براوية أبي مصعب (٢٩٣٢) ، وسنن البيهقي (١٠ : ١٦٦) ، والمحلى (٩ : ٣٩٤) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام ح (٢٣٧٣) ، باب شهادة الزور (٢ : ٧٩٤) عن سويد بن سعيد عن محمد بن الفرات به ومحمد بن الفرات متفق على ضعفه ، وكذبه الإمام أحمد ، كذا قال في الزوائد .

وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد للطبراني في الأوسط بسياق آخر ، وقال فيه من لا أعرفه ، المجمع (٤ : ٢٠٠) .

(٣) أخرجه أبو داود في القضاء ، ح (٣٥٩٩) ، باب شهادة الزور (٣ : ٣٠٦ - ٣٠٧) والترمذي في الشهادات (٢٣٠٠) باب ما جاء في شهادة الزور (٤ : ٥٤٧) وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٧٢) ، باب شهادة الزور (٢ : ٧٩٤) .

وجعله بعضهم من مسند أيمن بن خريم انظر سنن الترمذي (الموضع السابق) ح (٢٢٩٩) .

قال الترمذي : غريب ... ، ولا نعرف لأيمن بن خريم سماعاً من النبي ﷺ .

٣١٦٥٥ - وأَجْمَعَ العُلَماءُ أَنَّ شَهادَةَ الزُّورِ من الكَبَائِرِ .

١٣٩٢ - مَالِكٌ ؛ أَنَّه بلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَـالَ : لاَ تَجُوزُ شَهَادَة خَصْمٍ ولاَ ظَنِينٍ(١) .

٣١٦٥٦ - **قال أبو عمر** : حَدِيثُ ربيعةَ هَذَا عَنْ عُمَـرَ ، وإِنْ كَانَ مُنْقَطِعاً ، فقَدْ قُلْنَا : إِنَّ أَكْثَرَ العُلَمَاءِ مِنَ السَّلَفِ قَبلُوا المُرْسَلَ مِنْ أَحَادِيثِ العُدُولِ .

٣١٦٥٧ - وقَدْ وَجَدْنَا خبرَ رَبيعةَ هَذَا مِنْ حَدِيثِ (المَسْعُودي)(٢) ، عَنِ القَاسِمِ ابْنِ عَبْـدِ الرَّحمنِ ، قَـالَ : قَالَ : عُـمَرُ بْنُ الخطَّابِ : لاَ يُؤْسَـرُ رَجُلٌ فِي الإِسْلاَمِ يَشْـهدُ الزُّورَ .

٣١٦٥٨ - ومَعْنى يُؤْسَرُ أَيْ يُحْبَسُ ؛ لِنفُوذِ القَضَاءِ عَلَيهِ .

٣١٦٥٩ - فَهَذَا الحَدِيثُ عَنْ عُمَرَ ، عِنْدَ المَدَنيِّينَ ، وَالكُوفِيِّينَ (وَالبَصريِّينَ)(٣)

٣١٦٦٠ - وَالمَسْعُودِيُّ هَذَا هُوَ مِنْ ثِقَاتِ مُحَدِّثِي الكُوفَة ، وَهُوَ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عتبةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَـسْعُودٍ(٤) ، يَقُـولُونَ : إِنَّهُ كَـانَ أَعْلَمَ الـنَّاسِ بعلمِ ابْنَ

(١) الموطأ : ٧٢٠ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٣٣) .

(٢) في (ي ، س) : « المشهورين » .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) هو عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة بن عبد الله بن مسعود الهذلي المسعودي ، أخو أبي العميس .

من كبار العلمـاء حكم يحيى بن معين وغيره بتوثيـقه ، إلا أن الإمام أحمد ذكر أنه اختلط ببغداد ، وأن سمـاع من سمع منه هناك ليس بشيء ، ومن سمع منه بالكـوفة فسماعـه جيد . ووفـاته سنة ستين ومئة ، وروى له البخاري ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه .

ترجمته : ابن سعـد (٦ : ٣٦٦) ، التاريخ الكبير (٣ : ١ : ٣١٤) ، الجرح (٢ : ٢ : ٢٥٠) ، تاريخ بغداد (١٠ : ٢١٨) ، تهذيب الكمال (٤ : ل ٣٩٩ - ب) ، التذكرة (١ : ١٩٧) ، =

مَسْعُودٍ وَاخْتَلَطَ فِي آخِرِ عُمُرِهِ ، وَرَوَى عَنْ جَمَاعَةٍ مِنْ جِلَّةِ أَهْلِ الكُوفَةِ ، مِنْهم : الحَكَمُ بْنُ عُتَيبةَ ، وَحبيبُ بْنُ أَبِي ثَابِتٍ ، وَعَلِيُّ بْنُ مدركٍ ، وَرَوَى عَنْهُ جَمَاعَةٌ مِنْهم شُعْبَةُ والثوريُّ ، ووكيع ، وَأَبو نعيمٍ ، وأَخُوهُ أَبو العُميسِ ، وَاسْمُهُ عتبةُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ، (ثِقَةٌ)(١) أيضاً .

٣١٦٦١ - وَحَدِيثُ رَبيعةَ هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ عُمَرَ رجعَ عَنْ قَولِهِ ، وَمَذْهَبِهِ الَّذِي كَتَبَ بِهِ إِلى أَبِي مُوسى ، وَغَيرِهِ مِنْ عُمَّالِهِ . (وَهُوَ خَبَرٌ لاَ يَأْتِي إِلا عَنْ أَهْلِ البَصْرَةِ . نُخْرِجُهُ عَنْهُم ، وَهُوَ قَولُهُ)(٢) : « المُسْلِمُونَ عُدُولٌ بينَهُم » ، أَو قَالَ : « عُدُولٌ بَعْضُهُم عَلَى بَعْضٍ إِلا خَصْماً ، أَو ظَنِيناً » .

٣١٦٦٢ - وَقَدْ كَانَ الحَسَنُ البَصْرِيُّ ، وَغَيرُهُ يَذْهَبُ إِلى هَذَا مِنْ قَولِ عُمَرَ ، فَيَقبلُ شَهَادَةَ كُلِّ مُسْلِمٍ عَلى ظَاهِرِ دِينهِ ، وَيَقُولُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيهِ : دُونَكَ فَتَخرجُ إِنْ وَجَدْتَ مَنْ يَشْهَدُ لَكَ ، فَإِنِّي قَدْ قَبِلْتَهم فِيما شَهِدُوا بِهِ عَلَيكَ .

٣١٦٦٣ - وَهَذَا المَذْهَبُ عَنْ عُمَرَ مَشْهُورٌ .

٣١٦٦٤ - قَرَأْتُ عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ - مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ - حَدَّثَكُم مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحيى ، قَالَ : حَدَّثَنا محمَّدُ بْنُ أَيُّوبَ ، قَالَ : حَدَّثَنا أَحْمَدُ بْنُ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الخَالِقِ البزارُ ، قَالَ : سَمِعْتُ أَبِي يَقُولُ : حدَّثَني فضيلُ بْنُ عَبْدِ الوَهَّابِ ، قَالَ : حَدَّثَني

= الكاشف (٢ : ١٧١) ، العبر (١ : ٢٣٥) ، المغنى (٢ : ٣٨٢) ، الميزان (٢ : ٥٧٤) ، ديوان الضعفاء (ص ١٨٩) ، التقييد والإيضاح (ص ٤٥٢) ، التهذيب (٦ : ٢١٠) ، التقريب (١ : ٤٨٧) .

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط ما بين الحاصرتين من (ي ، س).

أَبو معشرٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبي بُرْدَةَ عَنْ أَبِيهِ - أَبي بُرْدَة بْنِ أَبِي مُوسى الأَشعريِّ ، قَالَ : كَتَبَ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ إلى أَبِي مُوسى الأَشْعَرِيِّ : اعلَمُوا أَنَّ القَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ ، وَسنَّةٌ مُتَّبعَةٌ فَالفَهْمَ الفَهْمَ إِذَا اختصمَ إِليكَ ، فَإِنَّهُ لاَيَنْفَعُ تكَلُّمٌ بِحَقٍّ لا نَفَاذَ لَهُ آسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ حَتَّى لاَ يَيْأَسَ ضَعِيفٌ مِنْ عَدلِكَ ، وَلاَيَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي جَورِكَ ، وَالمُسلِمُونَ عُدُول بَعْضُهِم عَلَى بَعْضٍ ، إِلاَّ خَصْماً أَو ظَنيناً مُتَّهَماً ، وَلاَ يَمْنَعُكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ اليوم رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ غداً ، أَنْ تَعُودَ إِلى الحَقِّ فَإِنَّ الرُّجُوعَ إِلى الحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمادِي فِي البَاطِلِ . وَاعْلَمْ أَنَّهُ مَنْ تزيَّنَ لِلنَّاسِ بِغَيرِ مَا يَعلَمُ اللَّهُ شَانَهُ اللَّهُ ، وَلاَ يُضيعُ عاملُ اللَّهِ فَما ظَنُّكَ بِثَوَابِ اللَّهِ فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ ، وَجزاءِ رَحْمَتِهِ[1] .

٣١٦٦٥ - وَأَخبَرنا عَبْدُ الوَارِثِ ، قَالَ : حَدَّثَنِي القَاسِمُ ، قَالَ : حَدَّثَنِي الخشنيُّ ، قَالَ : حَدَّثَنِي ابنُ أَبي عُمَرَ العَدَني ، قَالَ : حَدَّثَنِي سُفْيَانُ ، عَنْ إِدْرِيسَ بْنِ يزِيدَ الأَوديِّ ، عَنْ سَعِيد بْنِ أَبِي بردَةَ ، عَنْ أَبِي مُوسى الأَشْعريِّ ، عَنْ أَبِيه (قَالَ : كَتَبَ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ (إِلى أَبِي مُوسى الأَشْعَرِيِّ)[2] : أَمَّا بَعْدُ ، فَإِنَّ القَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ ، وَسنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ ، فَافْهَمْ إِذَا أُولِيَ إِلَيْكَ ، فَإِنَّهُ لاَيَنْفَعُ تَكَلُّمٌ بِحَقٍّ لانفَاذَ لَهُ آسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَجْلِسِكَ ، وَوَجْهِكَ وَعَدْلِكَ حَتَّى لاَيَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي حيفِكَ ، وَلاَيَيْأَسُ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ ، الفَهْمَ الفَهْمَ فِيماَ تَلَجْلَجَ فِي صَدْرِكَ لَيْسَ فِي كِتَابٍ ، وَلا سنَّةٍ ، ثُمَّ قِسِ الأُمورَ بَعْضَهَا بِبَعْضٍ ، ثُمَّ انْظُرْ أَشْبَهَهَا بِالحَقِّ ، وَأَحَبَّهَا إِلى اللَّهِ تَعالى ، فَاعْمَلْ بِهِ ، وَلاَيَمْنَعَنَّكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَ بِهِ اليَومَ ، رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ ، وَهديتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ

(١) انظر كتاب الفاروق عمر إلى أبي موسى الأشعري (رضي الله عنهما) في مصنف عبد الرزاق (١١ : ٣١٩) وسنن البيهقي الكبرى (١٠ : ١٣٥) ، والمغني (٨ : ٤٩) ، ومعرفة السنن والآثار والنص (١٩٧٩٢) (١٤ : ٢٤٠) .

(٢) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) ، ثابت في (ك) .

تُرَاجِعَ الحَقَّ ، فَإِنَّ الحَقَّ قَدِيمٌ لاَ يبطلُهُ شَيْءٌ ، وَإِنَّ مُرَاجَعَةَ الحَقِّ خَيرٌ مِنَ التَّمادِي فِي البَاطِلِ ، اجْعَلْ لِمَنِ ادَّعى حَقّا غَائِباً ، أَو بينة أَمَدًا يَنتَهِي إِليهِ ، فَإِنْ أَحْضَر بينتَهُ إِلى ذَلِكَ أَخَذْتَ لَهُ حَقَّهُ ، وَإلا أَوجَبْتَ عَلَيهِ القَضَاءَ ، فَإِنَّهُ أَبْلَغُ لِلْعُذْرِ ، وَأَجْلى لِلْعَمَى .

الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إلا صُلْحاً حَرَّمَ حَلالاً ، أَو أَحَلَّ حَرَاماً ، وَالنَّاسُ عُدُولٌ بَعْضُهم عَلَى بَعْضٍ إِلاَّ مَجْلُودًا فِي حَدٍّ ، أَو مُجَرَّباً عليه شَهادَةُ زُورٍ ، أَو ظنيناً فِي وَلاَءٍ أَو قَرَابَةٍ، فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ تَوَلَّى مِنكُمُ السَّرَائِرَ وَدَفَعَ عليكُم بالبينَاتِ ،ثُمَّ إِيَّاكَ ، وَالقَلَقَ ، وَالضَّجَرَ والتَّأَذِّيَ بِالنَّاسِ ، وَالتنكُّرَ لِلْخُصُومِ الَّتِي يرى اللَّهُ فيها الأَجرَ ، ويحسنُ فيها الذِّكْرُ ، فَمَنْ خَلصَتْ نِيتُهُ كَفَاهُ اللَّهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ ، ومَنْ تَزَيَّنَ للنَّاسِ بِما يَعْلَمُ اللَّهُ مِنْهُ غَيرهُ شَانَهُ اللَّهُ ، فَمَا ظَنُّكَ بِثَوَابِ اللَّهِ [١] فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ ، وَخَزَائِنِ رحْمَتِهِ ، وَالسَّلَامُ عَلَيْكَ ورَحْمَةُ اللهِ .

٣١٦٦٦ - وَهَذَا الخَبرُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ (بْنِ الخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)[٢] مِنْ وُجُوهٍ (كَثِيرَةٍ)[٣] مِنْ رِوَايَةِ أَهْلِ الحِجَازِ ، وَأَهْلِ العِرَاقِ ، وَأَهْلِ الشَّامِ ، وَمِصْرَ ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

٣١٦٦٧ - **قال أبو عمر** : قَدْ كَانَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ يَذْهَبُ نَحو مَذْهَبِ الحَسَنِ .

٣١٦٦٨ - قَالَ اللَّيْثُ : أَدْرَكْتُ النَّاسَ ، لاَ يُلْتَمسُ مِنَ (الشَّاهِدِ) تزْكِيَةٌ، إِنَّما كَانَ الوَالِي يَقُولُ للخصْمِ إِذَا كَانَ عِنْدَكَ مِنْ تَجْرحُ شهادَتَهم (فَأْتِ بِهِمْ ، وَإِلاَّ أَجزْنَا شَهادَتَهُم)[٤] عَلَيْكَ .

(١) في (ي ، س) : غير الله .

(٢) زيادة في « ك »

(٣) سقط في (ي ، س) .

٣١٦٦٩ - **قال أبو عمر** : فِي قَولِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوِيْ عَدْلٍ مِنكُمْ ﴾ [الطلاق : ٢] وَقَولُهُ : ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ لاَيَجُوزُ أَنْ يُقْبَلَ إِلاَّ العَدْلُ الرَّضِيُّ وَأَنَّ مَنْ جُهِلَتْ عَدَالَتُهُ لَمْ تَجُزْ شهادَتُهُ حَتَّى تُعْلَمَ الصِّفَةُ (المُشْتَرَطَةُ)(١) .

٣١٦٧٠ - وَقَدِ اتَّفَقُوا فِي الحُدُودِ ، وَالقِصَاصَ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شهادَةٍ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٣١٦٧١ - وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي (المَسْأَلَةِ عَنِ)(٢) الشُّهُودِ(*) الَّذِينَ لاَ يَعْرِفُهم القَاضِي .

٣١٦٧٢ - فَقَالَ مَالِكٌ : لاَ يَقْضِي (القَاضِي)(٣) بِشهادَتِهِمْ حَتَّى يِسْأَلَ عَنْهُم فِي السِّرِّ .

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(*) **المسألة - ٦٧٠** - يشترط في الشاهد أهلية العقل والبلوغ ، فلا تجوز شهادة الصبيان ، وتجوز عند الإمام مالك في الجراح وفي القتل خلافا لجمهور الفقهاء .

كما يشترط : الحرية عند الجمهور ، وقال الحنابلة : تقبل شهادة العبد لعموم آيات الشهادة .

ثم الإسلام ، فمتفق بين الجمهور على اشتراط كون الشاهد مسلماً فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم وأجاز **الحنفية والحنابلة** شهادة الكافر في الوصية .

كما يشترط عند **الحنفية والشافعية** أن يكون الشاهد مبصراً ، وأجاز **المالكية والحنابلة** شهادة الأعمى .

كما اشترط أن يكون الشاهد ناطقاً وأجاز المالكية قبول شهادة الأخرس .

واتفق العلماء على اشتراط العدالة فى الشهود ، وفسرت العدالة باجتناب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر .

وانظر هذه المسألة : بدائع الصنائع (٦ : ١٦٤) ، مغني المحتاج (٤ : ٤٢٧) ، الشرح الكبير (٤ : ١٦٥) ، المغني (٩ : ١٦٤) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

٣١٦٧٣ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَسْأَلُ عَنْهُم فِي السِّرِّ ، فَإِذَا عُدِّلُوا سَأَلَ عَنْ تَعْدِيلِهم عَلاَنِيَةً ؛ لِيعْلَمَ المعدلَ سِرًّا ، أَحَقٌ ذَاكَ ، أَمْ لاَ ؛ لأَنَّهُ رُبَّمَا وَافَقَ اسْمٌ اسْمًا ، وَنَسَبٌ نَسبًا .

٣١٦٧٤ - وَقَالَ أَبو حَنِيفَةَ : لاَ يَسْأَلُ عَنِ الشُّهودِ (فِي السِّرِّ)[1] إِلاَّ أَنْ يَطْعَنَ فِيهم الخَصْمُ إِلاَّ فِي الحُدُودِ ، وَالقصَاصِ .

٣١٦٧٥ - وَقَالَ أَبو يُوسُفَ : يسأَلُ عَنْهُم فِي السِّرِّ ، والعَلاَنِيَةِ ، وَيزكّيهم فِي العَلاَنِيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَطْعَنْ عَلَيهم الخصْمُ .

٣١٦٧٦ - وَرُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ عَاصِمٍ ، عَنِ ابْنِ شُبرمَةَ ، قَالَ : أَوَّلُ مَنْ سَأَلَ فِي السِّرِّ إِذَا كَانَ[2] الرَّجُلُ يَأْتِي بِالقَومِ إِذَا قِيلَ لَهُ : هَاتِ مَنْ يُزَكِّيك ، فَيَسْتَحي القَوْمُ مِنْهُ ، فَيُزَكُّونَهُ ، فَلَمَّا رَأَيْتُ ذَلَكَ فِي السِّرِّ ، فَإِذَا صَحَّتْ شهادَتُهُ ، قُلْتُ : هَاتِ مَنْ يُزَكِّيك فِي العَلاَنِيَةِ .

* * * *

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) ورقة (٢٠٩ أ) ناقصة في نسخة (ك) جاء بدلاً عنها ورقة أخرى تحمل نفس الرقم ، ولكنها تتحدث عن الرهن فأرجأتها إلى حينها ، وأثبت ما في نسختي (ي ، س) ، وهذه الورقة الناقصة في نسخة (ك) تغطي المساحة من هذا الموضع حتى أثناء الفقرة (٣١٧٠٥) .

(٣) باب القضاء في شهادة المحدود(*)

١٣٩٣ – مَالِكٌ ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُمْ سُئِلُوا : عَنْ رَجُلٍ جُلِدَ الْحَدَّ ، أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ ؟ فَقَالُوا : نَعَمْ . إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ التَّوْبَةُ .

مَالِكٌ ؛ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يُسْأَلُ عَنْ ذلِكَ . فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ سُلَيْمانُ ابْنُ يَسَارٍ .

قَالَ مَالِكٌ : وَذلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا ، وَذلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ، إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنْ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [النور : ٤ ، ٥]

قَالَ مَالِكُ : فَالأَمْرُ الَّذي لاَ اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الَّذي يُجْلَدُ الْحدَّ ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ ، تَجُوزُ شَهَادَتُهُ ، وَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذلِكَ .

٣١٦٧٧ – **قال أبو عمر** : هَذَا يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ قَدْ سَمِعَ الاخْتِلاَفَ فِى هَذِهِ المَسْأَلَةِ .

٣١٦٧٨ – **قال أبو عمر** : ذَهَبَ ابْنُ وَهْبٍ فِي « مُوَطَّئه » إِلى مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ عَلى حَسبِ مَا ذَكَرْتُهُ هُنَا ، ثُمَّ قَالَ : أَخبرَنِي مخرمَةُ بْنُ بكيرِ بْنِ الأَشَجِّ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ سُلَيمانَ بْنِ يَسَارٍ ، وَابْنِ قُسَيْطٍ مِثْلَهُ فِي شهادَةِ الْمُفْتَرِي فَدَلَّ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ وَهْبٍ عَلى

(*) **المسألة – ٦٧١** – قال جمهور الفقهاء : تقبل شهادة المحدود في قذف بعد التوبة ؛ لأن الاستثناء في قوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ بعد الجملة المتعاطفة بالواو ، وقال **الحنفية** : لا تقبل شهادة المحدود في قذف وإن تاب ، ودليلهم قوله تعالى : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ وأما الاستثناء فهو راجع عندهم إلى الجملة الأخيرة وحدها ، أي أقرب مذكور إليه .

أَنَّ مَالِكاً أَخَذَهُ بِذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ - عَنْ مخرمَةَ بْنِ بكيرٍ ، أَنَّهُ مِنْ كُتُبِ أَبِيهِ بكيرٍ ، وَقَدْ كَانَ مَالِكٌ يستَعِيرُهَا مِنْهُ كثيراً ، وَيَقُولُ : كَانَ بكيرٌ مِنْ عُلَمَاءِ النَّاسِ .

٣١٦٧٩ - قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : وَأَخْبَرَنِي مَالِكٌ ، واللَّيْثُ ، وَيُونُسُ ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ بِمثْلِهِ - يَعْنِي مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ عَنْهُ .

٣١٦٨٠ - قَالَ : وَأَخبَرَنِي اللَّيْثُ أَنَّهُ سَأَلَ يحيى بْنَ سَعِيدٍ ، وَرَبِيعةَ عَنِ المَحْدُودِ إِذَا تَابَ ، أَتجُوزُ شِهَادَتُهُ ؟ فَقَالاَ : إِذَا تَابَ جَازَتْ شِهادَتُهُ .

٣١٦٨١ - قَالَ : وَأَخْبَرَنِي اللَّيْثُ ، عَنْ تَوْبَةَ بْنِ نمرٍ الحضرميِّ القَاضِي بِمِصْرَ كَانَ يردُّ شَهَادَةَ القَذِفِ ، وَإِنْ تَابَ .

٣١٦٨٢ - قَالَ اللَّيْثُ : فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِيَحْيى بْنِ سَعِيدٍ ، وَابْنِ شِهابٍ ، وَرَبِيعةَ ، فَكُلُّهُم رَأَى أَنَّ مَنْ تَابَ مِنَ الحُدُودِ كُلِّها جَازَتْ شهادَتُهُ .

٣١٦٨٣ - قَالَ اللَّيْثُ : وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ .

٣١٦٨٤ - قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : وَحَدَّثَنِي خَالِدُ بْنُ يَزِيدَ ، عَنِ ابْنِ قسيطٍ أَنَّهُ قَالَ شَهادَةُ الزَّانِي ، وَالسَّارِقِ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ أُقِيمَ عَلَيْهِما الحَدُّ إِذَا رُأِيَ مِنْهُما إِقْبَالٌ عَلى الخَيرِ ، وَتَوبَةٌ حَسَنَةٌ .

٣١٦٨٥ - **قال أبو عمر** : قَالَ مَالِكٌ : إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي شَهادَةِ المَحْدُودِ ، وَالمَحْدُودِ فِي القَذْفِ ، وَسَائِرِ الحُدُودِ عِنْدَهُ سَوَاءٌ - تُقْبَلُ شَهادَتُهُ إِذَا تَابَ ، وَحَسُنَتْ تَوبَتُهُ .

٣١٦٨٦ - وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ لاَ اخْتِلاَفَ فِيهِ عِنْدَهُم .

٣١٦٨٧ - وَقَالَ الشَّافعيُّ : لاَ أَعْلَمُ خِلاَفاً بَيْنَ أَهْلِ الحَرَمَيْنِ فِي أَنَّ القَاذِفَ إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ (١) .

٣١٦٨٨ - **قال أبو عمر** : قَولُ مَالِكٍ هَاهُنا فِي شَهادَةِ المَحْدُودِ أَنَّها تُقْبَلُ إِذَا تَابَ - معْنَاهُ عِنْدَهُ فِي المَشْهُور مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ لاَ تُقْبَلُ فِيمَا حدَّ فِيهِ - قَذْفاً كَانَ أَو غَيرَهُ - وَتُقْبَلُ فِيمَا سِوىَ ذَلِكَ إِذَا كَانَ عَدْلاً ، وَحَسُنَتْ حَالَتُهُ .

٣١٦٨٩ - هَذِهِ رِوَايَةُ ابْنِ القَاسِمِ ، وَغَيرِهِ عَنْهُ .

٣١٦٩٠ - وَهُوَ قَولُ ابْنِ الماجِشُونِ ، وَمُطرفٍ ، وَسَحْنُونُ ؛ لأَنَّهُ يتَّهَمُ فِي ذَلِكَ .

٣١٦٩١ - وَرَوى عَنْهُ ابْنُ نَافِعٍ أَنَّهُ إِذَا حَسُنَتْ حَالَتُهُ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ .

٣١٦٩٢ - وَبِهِ قَالَ ابْنُ نَافعٍ ، وَابْنُ كِنانَةَ .

٣١٦٩٣ - وَذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ ، عَنْ مَالِكٍ .

٣١٦٩٤ - وَبِهِ يَقُولُ سَائِرُ أَئِمَّةِ الفُتْيَا أَنَّ الحْدُودَ إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ فِي كُلِّ مَا شَهِدَ بِهِ .

٣١٦٩٥ - وَمِمَّنْ قَالَ : إِنَّ القَاذِفَ إِذَا تَابَ وَأَصْلَحَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ : ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَعَطَاءٌ .

٣١٦٩٦ - وَرِوَايَةٌ عَنِ ابْنِ جبيرٍ ، ذكَرهَا ابْنُ المُبَارَكِ عَنْ يعقُوبَ ، عَنْ مُحمَّدِ ابْنِ زَيدٍ ، عَنْهُ قَالَ : تَجوزُ شَهادَةُ القَاذِفِ إِذَا تَابَ .

---

(١) **الأم** (٦ : ٢٠٩) باب « شهادة القاذف » .

٣١٦٩٧ - وَرِوَايَةٌ عَنْ مُجَاهِدٍ ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ ، قَالَ : حَدَّثني إسْمَاعِيلُ بْنُ عليَّةَ ، عَنِ ابْنِ أبي نجيحٍ فِي القَاذِفِ إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ .

وَقَالَ : كُلُّنَا نَقُولُهُ ، قُلْتُ : مَنْ ؟ قَالَ : عَطَاءٌ ، وَطَاوُوسٌ ، وَمُجَاهِدٌ[1] .

٣١٦٩٨ - وَرِوَايَةٌ عَنْ عكرمَةَ رَوَاهَا يَزِيدُ بْنُ زريعٍ ، عَنْ يُونُسَ بْنِ عبيدٍ ، عَنْ عكرمَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي القَاذِفِ : إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ .

٣١٦٩٩ - وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ . وَبِهِ يَقْضِي ، وَيَكْتُبُ إِلَي البلْدَانِ .

٣١٧٠٠ - وَقَالَ بِهِ مِنْ أَهْلِ العِرَاقِ مَسْرُوقٌ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُتْبَةَ ، والشَّعبيُّ ، وَمُحاربُ بْنُ دِثَارٍ .

٣١٧٠١ - وَإِليهِ ذَهَبَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحابُهما ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبيدٍ ، وَأَبُو ثورٍ .

٣١٧٠٢ - وَاخْتَلَفَ القَائِلُونَ بِهذِهِ المقَالَةِ فِي تَوْبَةِ القَاذِفِ إِذَا حُدَّ مَا هِيَ ؟ فَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا تَابَ ، وَأَصْلَحَ ، وَحَسُنَتْ حَالُهُ قُبِلَتْ شهادَتُهُ ، أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، أَو لَمْ يُكَذِّبْ .

٣١٧٠٣ - وَقَالَ الشَّافعيُّ : تَوْبَتُهُ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ بِلِسَانِهِ ، كَمَا كَانَ القَذْفُ بِلِسَانِهِ[2].

٣١٧٠٤ - وَكَذَلِكَ الْمُرْتَدُّ كَانَ كُفْرُهُ بِلِسَانِهِ ، فَلاَ تُقْبلُ تَوبَتُهُ إِلا بِالإِيمَانِ حَتَّى يَنْطقَ بِهَا بِلِسَانِهِ .

---

(١) نظر الأم (٧ : ٨٩) ، ومعرفة السنن ، النص (١٩٨٨٢) وما بعده (١٤ : ٢٦٥ - ٢٦٦) .
والسنن الكبرى (١٠ : ١٥٢ - ١٥٣) كلاهما للبيهقي .

(٢) الأم (٦ : ٢٠٩) باب « شهادة القاذف » .

٣١٧٠٥ - وَقَالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحاقَ : إِنَّما تَفترقُ تَوبَةُ المَحْدُودِ فِي القَذْفِ ، وَتَوبَةُ غَيرِهِ مِنَ المَحْدُودِينَ أَنَّ تَوبَةَ القَاذِفِ لا تَكُونُ[1] حَتَّى يُكَذِّبَ نَفسَهُ ، وَإِكْذَابُهُ كَلامٌ يتكلَّمُ بِهِ ، وَإِذَا تكلَّمَ بِهِ ، وَأَصْلَحَ فِي حَالِهِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَلَيسَ سَائِرُ المَحْدُودِينَ كَذَلِكَ .

٣١٧٠٦ - **قال أبو عمر** : قَولُ إِسْمَاعِيلَ هَذَا كَقَولِ الشَّافِعِيِّ (سَواءٌ)[2] .

٣١٧٠٧ - وَهُوَ قَولُ عُمَرَ (بْنِ الخطَّابِ)[3] فِي جَمَاعَةِ الصَّحَابَةِ مِنْ غيرِ نكيرٍ .

٣١٧٠٨ - وَرَوى (سُفْيانُ)[4] بْنُ عُيينَةَ عَنْ الزُّهريِّ عَنْ (سَعِيدِ)[5] بْنِ المُسَيَّبِ ، عَنْ عُمَرَ (بنِ الخطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)[6] - أَنَّهُ قَالَ لأَبِي بكْرَةَ : إِنْ تُبْتَ قَبِلْتُ شَهادَتُكَ ، فَأَبى أَبُو بكرَةَ أَنْ يكذبَ نَفْسَهُ[7] .

٣١٧٠٩ - وَرَوى (مُحمدُ)[8] بْنُ إِسْحاقَ عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ (سَعِيدِ)[9] بْنِ المُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ (بْنَ الخطَّابِ)[10] جَلَدَ أَبَا بكْرَةَ ، وَنَافِعَ بْنَ الحَارِثِ ، وَشبلَ بْنَ معبدٍ .

٣١٧١٠ - فَأَمَّا هَذَانِ فَتَابَا ، وَقَبِلَ عُمَرُ شَهادَتَهُما ، وَاسْتَتَابَ أَبَا بكْرَةَ ، فَأَبى ، وَأَقَامَ عَلَى قَولِهِ ، فَلَمْ يَقْبلْ شهادَتَهُ وَكَانَ أَفْضَلَ القَومِ .

٣١٧١١ - وَرَوى الزُّهريُّ ، وَإِبْراهِيمُ بْنُ ميسرةَ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، قَالَ :

---

(١) نهاية الخرم في نسخة (ك) من هذا الموضع .

(٢) ، (٣) ، (٤) سقط في (ي ، س) .

(٥) سقط في (ي ، س) .

(٦) سقط في (ي ، س) .

(٧) الأثر في **الأم** (٧ : ٨٩) ومصنف عبد الرزاق (٧ : ٣٨٤) وسنن البيهقي الكبرى (١٠ : ١٥٢، ١٥٣) ومعرفة السنن (له أيضاً) النص (١٩٨٧٥) (١٤ : ٢٦٤) وما بعده .

(٨) ، (٩) ، (١٠) سقط في (ي ، س)

شَـهِدَ عَلَى الْمُغِيرَةِ ثَلاثَةُ رِجَـالٍ وَنَكَل زِيادٌ ، فَـجَلَدَ عُمَـرُ الثَّلاثَةَ ، وَقَـالَ لَهُم : تُوبُوا ، تُقْبَلْ شَهادَتُكُمْ ، فَتَابَ رَجُلانِ ، وَأَبَى أَبُو بَكْرَةَ ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهادَتُهُ حَتَّى مَاتَ(١) .

---

(١) قصة عمر مشهورة في جلده أبا بكرة ، ونافعاً ، وشبل بن معبد ؛ لشهادتهم على المغيرة بالزنى ، ثم استتابهم ، فأبى أبو بكرة أن يتوب ، وتاب الآخران ، فكان إذا جاءه من يشهده يقول : قد فسقوني كأنه يقول : لم أقذف المغيرة ، وإنما أنا شاهد ، فجنح إلى الفرق بين القاذف والشاهد إذ نصاب الشهادة لو تم بالرابع ، لتعين الرجم ، ولما سموا قاذفين ، ففي صحيح البخارى : ٥ / ١٨٧ في الشهادات : باب شهادة القاذف : وجلد عمر أبا بكرة ، وشبل بن معبد ، ونافعاً بقذف المغيرة ، ثم استتابهم ، وقال : من تاب ، قبلت شهادته ، ووصله الشافعي في مسنده الذي بهامش « الأم » : ٦ / ١٥٧ ، قال : سمعت الزهري يقول : زعم أهل العراق أن شهادة المحدود لا تجوز ، فأشهد لأخبرني فلان أن عمر بن الخطاب قال لأبي بكرة ، تب وأقبل شهادتك ، قال سفيان : سمى الزهري الذي أخبره فحفظته ، ثم نسيته ، فقال لي عمرو بن قيس : هو ابن المسيب ، وأخرجه أيضاً من طريق ابن إسحاق ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ولفظه : أن عمر بن الخطاب ضرب أبا بكرة ، وشبل بن معبد ، ونافع بن الحارث بن كلدة الحد ، وقال لهم : من أكذب نفسه أجزت شهادته فيما أستقبل ، ومن لم يفعل ، لم أجز شهادته ، فأكذب شبل نفسه ، ونافع ، وأبى أبو بكرة أن يفعل ، قال الزهري : هو والله سنة فاحفظوه . وانظر « تاريخ الطبري» ٤ / ٧٠ وما بعدها ، و « المصنف » ٨ / ٣٦٢ ، وسنن البيهقي : ١٠ / ١٥٢ ، و « معجم الطبراني » ٧ / ٣٧٣٢ ، و « مجمع الزوائد » ٦ / ٢٨٠ .

وهو أبو بكرة الثقفي الطائفي مولى النبي ﷺ اسمه نفيع بن الحارث ، وقيل : نفيع بن مسروح . تدلى في حصار الطائف ببكرة ، وفر إلى النبي ﷺ وأسلم على يده ، وأعلمه أنه عبد ، فأعتقه .

سكن البصرة ، وكان من فقهاء الصحابة ، ووفد على معاوية ، وأمه سمية ، فهو أخو زياد بن أبيه لأمه .قال ابن المديني : اسمه نفيع بن الحارث ، وكذا سماه ابن سعد .

قال ابن عساكر : أبو بكرة بن الحارث بن كلدة بن عمرو . وقيل : كان عبداً للحارث بن كلدة ، فاستلحقه ، وسمية : هي مولاة الحارث ، تدلى من الحصن ببكرة ، فمن يومئذ كني بأبي بكرة وممن روى عنه : ولداه رواد وكيسة .

وكان أبو بكرة ينكر أنه ولد الحارث ، ويقول : أنا أبو بكرة مولى رسول الله ﷺ فإن أبى الناس إلا أن ينسبوني ، فأنا نفيع بن مسروح ترجمته في :

طبقات ابن سعد : ٧ / ١٥ ، طبقات خليفة : ت ٣٦٧ ، ٩٨٢ ، ١٤٢٠ ، =

٣١٧١٢ - قَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مَيْسَرَةَ فِي حَدِيثِه ، وكَانَ قَدْ عَادَ مِثْلَ النَّصلِ مِنَ العِبَادَةِ .

٣١٧١٣ - وَفِي حَدِيثِ الزُّهريِّ ، قَالَ : وكَانَ أَبو بكْرَةَ أَخَا زِيَادٍ لأُمِّهِ ، فلمَّا كَانَ مِنْ أَمْرِهِ مَا كَانَ ، حلفَ أَبُو بكْرَةَ أَلاَّ يُكَلِّمَهُ أبداً ، فَلَمْ يُكَلِّمْهُ حتَّى مَاتَ .

٣١٧١٤ - قَالَ الزُّهريُّ : تَوبَتُهُ أَنْ يُكذبَ نَفْسَهُ .

٣١٧١٥ - ذَكرَ الخَبرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ(١) عَنْ مُحمدِ بْنِ مُسْلِمٍ الطائفيِّ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ابْنِ مَيْسَرَةَ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، (وَعَنْ مَعمَرٍ ، عَنْ الزُّهريِّ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسيَّبِ)(٢) .

٣١٧١٦ - وَرَوى ابْنُ وَهْبٍ ، عَنْ يُونُس بْنِ يَزِيدَ ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، قَالَ : وَقَدْ أَجَازَ عُمَرُ شَهَادَةَ مَنْ تَابَ مِنَ الَّذينَ شَهِدُوا عَلَى المُغيرَةِ ، وأَبْطَلَ شَهَادَةَ مَنْ لَمْ يَتُبْ .

٣١٧١٧ - وَمِمَّنْ قَالَ إِنَّ تَوبَةَ القَاذِفِ إِذَا جُلِدَ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ : طَاوُوسٌ ، وَعَطَاءٌ ، وَ(سَعِيدُ)(٣) بْنُ المُسَيَّبِ ، وَالشَّعبيُّ ، وَ (ابْنُ شِهابٍ)(٤) الزُّهريُّ(٥) .

= المحبر : ١٢٩ ، ١٨٩ ، تاريخ البخاري : ٨ / ١١٢ ، المعارف : ٢٨٨ ، الكنى : ١ / ١٨ ، الجرح والتعديل : ٨ / ٤٨٩ ، الاستيعاب : ١٥٣٠ ، الجمع بين رجال الصحيحين : ٢ / ٥٣٣ ، تاريخ ابن عساكر : ١٧ / ٣١٦ / أ ، أسد الغابة : ٥ / ٣٨ ، ١٥١ ، الكامل لابن الأثير : ٣ / ٤٤٣ ، تهذيب الأسماء واللغات : الجزء الثاني من القسم الأول : ١٩٨ ، تهذيب الكمال : ١٤٢٢ ، تاريخ الإسلام : ٣٢٩/٢ ، العبر : ٥٨/١ سير أعلام النبلاء (٣ : ٥) ، تذهيب التهذيب : ٤ /٢٠٥ / ١ ، البداية والنهاية : ٨ / ٥٧ ، العقد الثمين : ٧ / ٣٤٧ و ٨ / ٢٩ ، الإصابة : ت ٨٧٩٥ ، تهذيب التهذيب : ١٠ / ٤٦٩ ، خلاصة تذهيب الكمال : ٣٤٦ ، شذرات الذهب : ١ / ٥٨ .

(١) في المصنف (٧ : ٣٨٤) .

(٢) سقط في **(ي ، س)** .

(٣) ، (٤) سقط في **(ي ، س)** .

(٥) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٣٨٣) ، الأثران (١٣٥٦١ ، ١٣٥٦٢) .

٣١٧١٨ - قَالَ مَعمَر ، عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، قَالَ : تَوبَتُهُ أَنْ يُكذِّبَ نَفْسَهُ(١) .

٣١٧١٩ - وَقَالَهُ الزُّهريُّ .

٣١٧٢٠ - (وَبِهِ قَالَ)(٢) أَحْمدُ ، وَإِسْحاقُ ، وَأَبُو ثَورٍ ، وَأَبُو عُبيدٍ .

٣١٧٢١ - وَقَالَ (سُفْيَانُ)(٣) الثَّوريُّ ، وَأَبُو حَنيفَةَ ، وَأَصْحابُهُ ، وَأَكثَرُ أَهْلِ العِرَاقِ : لاَ تُقْبَلُ شهادَةُ القَاذِفِ أَبداً تَابَ ، أَو لَمْ يَتُبْ ؛ لِقَولِ اللَّهِ تَعالى : ﴿ فَلا تَقْبَلوا لَهُمْ شَهادَةً أَبداً وَأُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ ﴾ [النور : ٤] .

٣١٧٢٢ - وَقَالُوا : تَوبَتُهُ فِيما بَيْنَهُ ، وَبَيْنَ رَبِّهِ(٤) .

٣١٧٢٣ - وَالاسْتِثْناءُ عِنْدهُم فِي قَولِهِ : ﴿ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا ﴾ [آل عمران : ٨٩] رَاجعٌ إِلى قَولِهِ : ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [آل عمران : ٨٩] لاَ إِلى قَبُولِ الشَّهادَةِ(٥) .

٣١٧٢٤ - وَمِمَّنْ قَالَ : لاَ تُقْبَلُ شَهادَةُ القَاذِفِ المَجْلُودِ أَبداً : شُرَيحٌ القَاضِي(٦)

٣١٧٢٥ - رُوِيَ ذَلِكَ عَنْهُ مِنْ وُجُوهٍ . وَبِهِ قَالَ (إِبْرَاهِيمُ)(٧) النخعيُّ(٨) ، وَحَمَّادُ ابْنُ أَبي سُليمانَ ، وَالحكَمُ بْنُ عُتيبَةَ ، وَمُعَاوِيَةُ بْنُ قُرَّةَ ، وَمَكْحُولٌ .

---

(١) الموضع السابق (١٣٥٦٣) .

(٢) ، (٣) في (ك) فقط .

(٤) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٣٨٧) .

(٥) انظر رد الشافعي على ذلك في **الأم** (٧ : ٨٩) ومعرفة السنن (١٩٨٧٣) .

(٦) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٣٨٧) ، الأثر (١٣٥٧٢)

(٧) سقط في (ي ، س) .

(٨) مصنف عبد الرزاق (١٣٥٧٣) .

٣١٧٢٦ - وَرِوَايَةٌ عَنْ سَعِيدِ (بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، رَوَاهَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ ، عَنْ قَتَادَةَ ، عَنْهُمَا .

٣١٧٢٧ - وَمَا تَقَدَّمَ)[١] عَنْ سَعِيدٍ مِنْ رِوَايَةِ الزُّهْرِيِّ ، وَابْرَاهِيمَ بْنِ مَيْسَرَةَ أَثْبَتُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣١٧٢٨ - وَقَدْ رَوَى سَعِيدُ بْنُ أَبِي عَرُوبَةَ ، عَنْ قَتَادَةَ [عَنِ الْحَسَنِ ، قَالَ : لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْقَاذِفِ أَبَداً ، وَتَوْبَتُهُ فِيمَا بَيْنَهُ ، وَبَيْنَ رَبِّهِ .

٣١٧٢٩ - وَرِوَايَةٌ][٢] عَنْ عِكْرِمَةَ خِلاَفُ مَا تَقَدَّمَ عَنْهُ ، رَوَاهَا يَعْلَى بْنُ حَكِيمٍ (عَنْهُ)[٣]

٣١٧٣٠ - وَرِوَايَةٌ عَنِ (ابْنِ شِهَابٍ)[٤] الزُّهْرِيِّ ، رَوَاهَا ابْنُ وَهْبٍ ، عَنْ يُونُسَ ، (عَنِ ابْنِ شِهَابٍ)[٥] ، قَالَ : إِذَا جُلِدَ قَاذِفُ الْحُرِّ أَوِ الْحُرَّةِ لَمْ تُقْبَلْ (لَهُ شَهَادَةٌ حَتَّى يَمُوتَ .

٣١٧٣١ - وَقَدْ يَحْتَمِلُ قَوْلُ ابْنِ شِهَابٍ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ أَبَداً)[٦] حَتَّى يُكَذِّبَ نَفْسَهُ ، لاَ يَنْفَعُهُ غَيْرُ ذَلِكَ مِنْ حَالِهِ وَبِهَذَا تَتَّفِقُ الرِّوَايَاتُ عَنْهُ ؟ لأَنَّ الثِّقَاتِ قَدْ نَصُّوا عَنْهُ أَنَّهُ لاَ تُقْبَلُ لَهُ شَهَادَةٌ حَتَّى يُكَذِّبَ نَفْسَهُ .

(١) ما تقدم بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) سقط في (ي ، س) .

(٥) في (ي ، س) : عنه ، وكلا اللفظين صحيح من حيث المعنى إذ الضمير في قوله « عنه » عائد على ابن شهاب .

(٦) في (ي ، س) : لم تقبل له شهادة .

٣١٧٣٢ - وَقَدْ رُوِيَ فِي حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شعيبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : « لاَ تجُوزُ شَهادَةُ مَحْدُودٍ ، وَلا مَحْدُودَةٍ فِي الإِسْلامِ »(١) .

٣١٧٣٣ - وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الحَدِيثُ مَرْفُوعاً ، لكنَّهُ لَمْ يرفَعْهُ مَنْ رِوَايَتِهِ حجَّةٌ .

٣١٧٣٤ - وَذَكَرَ أَبُو يَحيى الساجيُّ ، قَالَ : حَدَّثني مـحَمَّدُ بْنُ المثنَّى ، قَالَ : حَدَّثَنِي الوَلِيدُ ، عَنِ الأَوْزَاعِي ، وَابْنُ جَابِرٍ ، وَسَعِيدُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ ، عَنْ مَكْحُولٍ ، قَالَ : الحُرُّ إِذَا جُلِدَ الحَدَّ فِي الفِرْيَةِ لَمْ تُقْبَلْ شَـهادَتُه أبداً ، وَالعَبْدُ إِذَا جُلِدَ حَـدّاً فِي فرية عَلى حُرٍّ ، أَو حُرَّةٍ لَمْ تُقبَلْ شهادَتُهُ أَبداً ؛ [لِقَوْلِ اللَّهِ تَعالى : ﴿ وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً ﴾(٢) [النور : ٤]

قَالَ : فَـأَمَّا اليَـهُودِيُّ ، وَالنَّصْرَانِيُّ إِذَا جُـلِدَا حَدَّ الفِرْيَةِ [على الحُرِّ المُسْلِمِ](٣)، ثُمَّ أَسْلَمَا قُبِلَتْ شَهادَتُهما .

٣١٧٣٥ - وَاخْتَلَفُوا فِي شَهادَةِ القَذْفِ إِذَا شَهِدَ قَبْلَ أَنْ يُجْلَدَ :

٣١٧٣٦ - فَرَوَي ابنُ وَهْبٍ ، وَغَيرُهُ ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهادَتُهُ مَا لَمْ يُجْلَدْ .

٣١٧٣٧ - وَبِهِ قَالَ ابْنُ القَاسِمِ ، وَأَشْهَبُ .

٣١٧٣٨ - وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابِهِ .

٣١٧٣٩ - **قال أبو عمر** : لأَنَّهُ عَلى أَصْلِ عَدَالَتِهِ ، وَرُبَّمَا أَقَامَ البَيِّنةَ بِما قَالَ ، أَوِ

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٦٦) . باب من لا تجوز شهادته (٢ : ٧٩٢) . والدارقطني في سننه (٤ : ٢٤٤) . ولفظه : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام ، ولا ذي غمر على أخيه » .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

اعْتَرفَ لَهُ مَقْذُوفهُ ، وهُو حَقٌّ لا يَجِبُ إِلا حِينَ يَطْلُبُهُ صَاحِبُهُ فَلا وَجْهَ لإِسْقَاطِ شَهادَتِهِ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

٣١٧٤٠ - وَقَالَ اللَّيْثُ ، والشَّافِعِيُّ ، وأَصْحَابُهُ ، وَهُوَ قَولُ عَبْدِ الملِك بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ بْنِ الماجشُونِ : لا تُقْبَلُ شَهادَةُ القَذِفِ قَبْلَ الجَلْدِ ولاَ بَعْدَهُ إِذَا قذفَ حُرًّا مُسْلِمًا ، إِلاَّ أَنْ يَتُوبَ.

٣١٧٤١ - قَالَ ابنُ وَهْبٍ : سَمِعْتُ اللَّيْثَ بْنَ سَعْدٍ يُسأَلُ عَنِ القَاذِفِ يَشْهَدُ قَبْلَ أَنْ يُضْرَبَ الحَدَّ ، هَلْ تَجوزُ شَهادَتُهُ ؟ فَقَالَ : إِذَا قَذَفَ لَمْ تُقْبَلْ لَهُ شَهادَةٌ حَتَّى يَتوبَ (ضُرِبَ) الحدَّ أو عُفِي عَنْهُ ذَلِكَ سَوَاءٌ .

٣١٧٤٢ - قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : وَخَالَفَهُ مَالِكٌ ، فَقَالَ : شَهادَتُهُ جَائِزَةٌ مَا لَمْ يُضْرَبِ الحَدَّ ، فَإِنْ ضُرِبَ ، سَقَطَتْ شَهادَتُهُ حَتَّى يَتُوبَ تَوْبَةً ظَاهِرَةً .

٣١٧٤٣ - قَالَ الشَّافعيُّ : هُوَ قَبْلَ أَنْ يحدَّ شرٌّ مِنْهُ بعد ؛ لأَنَّ الحُدُودَ كَفَّارَاتٌ ، فَكَيْفَ تُقْبَلُ شهادَتُهُ فِي شَرِّ حَالَتَيْهِ ، وَتُرَدُّ فِي (أَحْسَنِ حَالَتَيْهِ)[١] .

٣١٧٤٤ - **قال أبو عمر** : إِنَّما جَعَلَ اللهُ الَّذِينَ يَرْمُونَ المُحصنَاتِ فَاسِقِينَ بِرَمْيِهِمْ لَهُنَّ لا بجَلْدِهِمْ وَالمحصنُونَ فِي حُكْمِ المُحْصنات بِإِجْمَاعٍ (وكذلك)[٢] وَكُلُّ مُؤْمِنٍ مَحْمُولٌ عَلى العَفَافِ حَتَّى يَصحَّ غَيرُهُ وَقَذْفُ المُؤْمِنِ مِنَ الكبائِرِ فَمَنْ قَذَفَهُ سَقَطَتْ شَهادَتُهُ حَتَّى تَصحَّ بَرَاءَتُهُ وَاللهُ أَعْلَمُ ، وَباللهِ التَّوفِيقُ .

* * *

(١) في (ي ، س) : أحسنها .
(٢) زيادة في (ي ، س) .

(٤) باب القضاء باليمين مع الشاهد(*)

١٣٩٣م – مَالِكٌ ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنْ أَبِيه ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ(١) .

(*) المسألة – ٦٧٢ – إذا أقام المدعي شاهداً ، وعجز عن تقديم شاهد آخر ، وحلف مع شاهده هل يقضى له بشاهده ويمينه ؟

قال الحنفية : لا يقضى بالشاهد الواحد مع اليمين في شيء ؛ لقوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ طلب القرآن الكريم إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين ، فقبول الشاهد الواحد ويمين المدعي زيادة على النص ، والزيادة على النص نسخ ، والنسخ في القرآن الكريم لا يجوز إلا بمتواتر أو مشهور ، وليس هناك واحد منهما .

واستدلوا بالسنة أيضاً بقوله ﷺ فيما رواه مسلم وأحمد « ولكن اليمين على المدعى عليه » وفي لفظ « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » وقال ﷺ لمدع : « شاهداك أو يمينه » .

فالحديث الأول أوجب اليمين على المدعى عليه ، فلو جاز القضاء بشاهد ويمين المدعي ، لما بقيت اليمين واجبة على المدعى عليه . ثم إنه في هذا الحديث وفي الحديث الثاني جعل الرسول عليه الصلاة والسلام جنس اليمين حجة للمنكر ، فإن قبلت يمين المدعي ، لم يكن جميع أفراد اليمين على المنكرين .

وكذلك تضمن الحديث الثاني قسمة وتوزيعاً بين المتخاصمين ، والقسمة تنافي اشتراك الخصمين في أمر وقعت القسمة فيه .

والحديث الثالث خير المدعي بين أمرين لا ثالث لهما : إما البينة أو يمين المدعى عليه ، والتخيير بين أمرين يمنع تجاوزهما إلى غيرهما أو الجمع بينهما .

وقال جمهور الفقهاء : يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال ، واستدلوا بما ثبت عن النبي ﷺ : « أنه قضى بشاهد ويمين » .

قال الشافعي : وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره ، مع أن معه غيره مما يشده ، وقال النسائي : إسناده جيد ، وقال البزار : في الباب أحاديث حسان ، وأصحها حديث ابن عباس ، وقال ابن عبد البر : لا مطعن لأحد في إسناده ، ولا خلاف بين أهل العلم في صحته .

وانظر في هذه المسألة : المبسوط (١٧ : ٣٠) بدائع الصنائع (٦ : ٢٢٥) ، بداية المجتهد : ٢ / ٤٥٦ . الشرح الكبير للدردير : ٤ / ٤٧ ، المهذب : ٢ / ٣٠١ ، ٣٣٤ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٣ ، ٤٨٢ ، المغني : ٩ / ١٥١ ، ٢٢٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته (٦ : ٥٢٧) .

(١) الموطأ : ٧٢١ ، ورواية أبي مصعب (٢٩١١) كما سيأتي تخريجه موصولاً من عدة طرق .

٣١٧٤٥ - **قال أبو عمر** : هكَذَا هَذَا الحَديثُ فِي المُوَطَّإِ مُرْسَلٌ عِنْدَ جَمِيعِ (الرُّوَاة)(١) .

٣١٧٤٦ - وَقَدْ رَوَاهُ عَنْ جعفرِ بْنِ مُحَمَّدٍ مُسْنَداً جَماعَةٌ ثِقَاتٌ ، مِنْهُمْ : (عُبَيْدُ اللَّه)(٢) بْنُ عُمَرَ ، وَعَبْدُ الوهَّابِ (بْنِ عَبْدِ المَجيدِ)(٣) الثقفيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرحمنِ ابْنِ ردَّاد المدنيُّ ، وَيَحْيى بْنُ سليمٍ الطائفيُّ ، وإِبْرَاهِيمُ بْنُ أَبِي حيَّه ، كُلُّ هؤُلاَءِ رووهُ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبيهِ ، عَنْ جَابِرٍ ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ(٤) .

٣١٧٤٧ - وَقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانِيدَ عَنْهُمْ بِذَلِكَ فِي التَّمهِيدِ .

٣١٧٤٨ - [ورَوَاهُ « سفيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ »(٥) ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنْ أَبيهِ مُرْسَلاً، كَما رَوَاهُ مَالِكٌ](٦) .

٣١٧٤٩ - ورَوَاهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ أَيضاً ، عَنْ خَالِدِ بْنِ أَبِي كَرِيمَةَ ، سَمِعَ أَبَا جَعْفَرٍ - مُحَمَّدَ بْنَ عَلِيِّ بْنِ حُسينٍ - يَقُولُ : قَضى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِشَهَادَةِ الشَّاهِدِ ، وَيَمينِ المُدَّعِي(٧).

٣١٧٥٠ - [وَكَذَلِكَ رَوَاهُ الحكَمُ بْنُ عُتَيْبَةَ ، وَعَمرُو بْنُ دِينَارٍ ، جَمِيعاً ، عَنْ

(١) سقط في (ي ، س) .
(٢) سقط في (ك) .
(٣) سقط في (ي ، س) .
(٤) التمهيد (٢ : ١٣٥) .
(٥) زيادة في (ط) .
(٦) ما مضى بين القوسين سقط في (ي ، س) .
(٧) أخرجه مرسلاً أيضاً الترمذي في الأحكام (٣ : ٦١٩) .
زاد الترمذي : « وقضى بها علي فيكم » ثم قال : وهذا أصح - يعني مرسلاً - قال : وروى عبد العزيز بن أبي سلمة ويحيى بن سليم هذا الحديث عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عن علي ، عن النبي ﷺ مثله .

مُحَمَّدِ بنِ عَلِيٍّ مُرْسَلاً .

٣١٧٥١ - وَفِي اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ (آثَارٌ)(١) مَرْفُوعَةٌ حِسانٌ أَصَحُّها حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رُوَاةُ كُلُّهَا ثِقَاتٌ أَثْبَاتٌ ، رَوَاهُ سَيْفُ بْنُ سُلَيمانَ المَكِّيُّ عَنْ قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ المكيُّ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى](٢) بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ(٣).

٣١٧٥٢ - وَقَدْ ذَكَرْناه مِنْ طُرُقٍ عَنْ سَيْفِ بْنِ سُليمانَ فِي « التَّمْهِيدِ » .

٣١٧٥٣ - وَقَالَ يَحيى القَطَّانُ : سَيْفُ بْنُ سُليمانَ ثَبتٌ مَا رَأَيْتُ أَحْفَظَ مِنْهُ(٤) .

٣١٧٥٤ - وَقَالَ [أَحْمَدُ بْنُ شُعيبٍ](٥) النَّسائيُّ : إسْنَادُ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي

---

(١) سقط في (ط) .

(٢) ما مضى بين الحاصرتين سقط في (ى ، س)

(٣) رواه الشافعي في « الأم » (٦ : ٢٥٤) ، باب « اليمين مع الشاهد » وأخرجه مسلم في الأقضية ، ح (٤٣٩٢) « باب القضاء باليمين مع الشاهد (٥ : ٦١١) من تحقيقنا ، وأبو داود في الأقضية ، ح (٣٦٠٨ ، ٣٦٠٩) ، باب القضاء باليمين والشاهد (٣ : ٣٠٨) ، والنسائي في القضاء (في الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٥ : ١٨٧) ، وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٧٠) ، باب القضاء بالشاهد واليمين (٢ : ٧٩٣) . وموقعه في سنن البيهقي الكبرى (١٠ : ١٦٧) .

(٤) سيف بن سليمان ، ويقال ابن أبي سليمان ، من أهل مكة ، سكن البصرة آخر عمره ، أخرج له الشيخان ، ومن روى له الشيخان فقد جاز القنطرة ، وثقه العجلي ترجمة (٦٤٩) ، وابن حبان (٦ : ٤٢٥) ، وابن شاهين في الثقات (٤٧٢) ، وابن معين (٢ : ٢٤٥) . وقال العقيلي في الضعفاء الكبير (٢ : ١٧٣ - ١٧٤) : « أحسن حديث في باب اليمين مع الشاهد عندنا حديث سيف هذا » له ترجمة في التاريخ الكبير (٢ : ٢ : ١٧٢) . ميزان الاعتدال (٢ : ٢٥٥) ، وغيرها مما تقدم ذكره .

(٥) سقط في (ي ، س) .

اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ إِسْنَادٌ جَيِّدٌ ، وَقَيْسٌ ثِقَةٌ[(١)] .

٣١٧٥٥ - وَخَرَّجهُ مُسلمٌ ، ولَمْ يَذكرهُ البُخارِيُّ .

٣١٧٥٦ - ورُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ مِنْ حَدِيثِ أَبي هُرَيرَةَ[(٢)] وَحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، إِلا أَنَّ حَدِيثَ أَبِي هُرَيرَةَ أَكْثَرُ طُرقاً ، وأَصَحُّ نَقلاً ، وَحَدِيثُ زَيدِ بْنِ ثَابِتٍ وَهْمٌ مِنْ زُهيرِ بْنِ مُحَمَّدٍ[(٣)] .

٣١٧٥٧ - ورُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ أيضاً مِنْ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ عبادَةَ ، [وَمِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ وَحَدِيثُ سَعْدِ بْنِ عُبادَةَ][(٤)] أَكْثَرُ

---

(١) هو قيس بن سعد المكي ، أبو عبد الملك ، ويقال أبو عبد الله الحبشي مولى نافع بن علقمة ويقال مولى أم علقمة . صرح الحافظ ابن حجر في تهذيب التهذيب (٨ : ٣٩٧) بروايته عن عمرو بن دينار وغيره . ونقل توثيقه عن : أحمد ، وأبي زرعة ، ويعقوب بن شيبة ، وأبي داود وابن حبان ، وابن سعد والعجلي ، وقال عن ابن معين : ليس به بأس .

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية . (٣٦١١) باب القضاء باليمين مع الشاهد ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » ٤ / ١٤٤ ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ١٠ / ١٦٨ من طرق عن سليمان بن بلال عن ربيعة ، عن سهيل ، عن أبيه ، عن أبي هريرة وأخرجه الشافعي في « المسند » ٢ / ١٧٩ ، وأبو داود (٣٦١٠) ، والترمذي (١٣٤٣) في الأحكام : باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، وابن ماجه (٢٣٦٨) في الأحكام : باب القضاء بالشاهد واليمين ، والطحاوي ٤ / ١٤٤ ، والبيهقي ١٠ / ١٦٨ ، والبغوي (٢٥٠٣) من طريق عبد العزيز بن محمد الدراوردي ، عن ربيعة ، به .
وقال الترمذي : حديث حسن غريب .
وأخرجه ابن عدي في «الكامل» ٦ / ٢٣٥٥ ، والبيهقي ١٠ / ١٦٩ ، من طريقين عن المغيرة بن عبد الرحمن ، عن أبي الزناد ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة .

(٣) رواه ابن وهب عن عثمان بن الحكم ، عن زهير بن محمد ، عن سهيل بن أبي صالح ، عن أبيه ، عن زيد بن ثابت .
قال أبو عمر تعقيباً على هذه الروايه في **التمهيد** (٢ : ١٥٤) : « زهير بن محمد عندهم سيء الحفظ كثير الغلط لا يحتج به ، وعثمان بن الحكم ليس بالقوي والصواب في حديث سهيل عن أبيه ، عن أبي هريرة ، وبالله التوفيق » أ . هـ .

(٤) ما بين الحاصرتين سقط في (**ك**) .

تَوَاتُراً[١] .

٣١٧٥٨ - وَرُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَيضاً مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ مِنْ رِوَايَةِ عَمْرِو بْنِ شُعَيبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ[٢] .

٣١٧٥٩ - وَرُوِيَ أَيضاً مِنْ حَدِيثِ رَجُلٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، يُقَالُ لَهُ : سُرَّقٌ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ[٣] .

٣١٧٦٠ -وَكُلُّها لَهَا طُرُقٌ مُتَوَاتِرَةٌ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا بِأَسَانِيدِهَا فِي « التَّمْهِيدِ » ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً[٤] .

٣١٧٦١ - وَرُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ أَنَّهُم قَضُوا بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ [وَلَمْ يُرْوَ عَنْ أَحَدٍ مِنْهُم أَنَّه كَرِهَ ذَلِكَ .

٣١٧٦٢ - وَرُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ القَضَاءُ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ][٥] مِنْهُم : الفُقَهاءُ السَّبْعَةُ المَدَنِيُّونَ ، وَأَبُو سَلَمَةَ ، وَسَالِمُ [بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنَ][٦] ،

---

(١) أخرجه الشافعي في (المسند) (٢ : ١٧٩) والإمام أحمد (٥ : ٢٨٥) وأخرجه الترمذي (تعليقاً) : عقيب الحديث (١٣٤٣) من رواية ربيعة عن ابن لسعد بن عبادة . قال : وجدنا في كتاب سعد أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد ، والدارقطني (٤ : ٢١٤) ، والبيهقي في (السنن) (١٠ : ١٧١) وأخرجه عبد بن حميد في مسنده على ما ذكر الحافظ ابن حجر في النكت الظراف على الأطراف ، تحفة الأشراف (٣ : ٢٧٥) .
وفي بعض طرقه « وجدنا في كتاب سعد بن عبادة : شهد سعد بن عبادة أن رسول الله ﷺ أمر عمرو بن حزم أن يقضي باليمين مع الشاهد » .

(٢) سنن البيهقي الكبرى (١٠ : ١٧٢) ، والمعرفة النص رقم (٢٠٠٠٠) ، كما أخرجه ابن ماجه في الطلاق ، ح (٢٠٣٨) ، باب الرجل يجحد الطلاق (١ : ٦٥٧) .

(٣) أخرجه حديث سُرَّق (رضي الله عنه) ابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٧١) ، باب القضاء بالشاهد واليمين (٢ : ٧٩٣) والبيهقي في السنن (١٠ : ١٧١) ، وانظر ترجمة سُرَّق هذا وضبط اسمه في الإصابة (٣ : ٧٠ - ٧١) ترجمة رقم (٣١١٥) .

(٤) وقعت هذه الروايات لحديث القضاء باليمين مع الشاهد في **التمهيد** (٢ : ١٣٤ - ١٥٣) .

(٥) سقط في **(ك)** .

(٦) سقط في **(ي ، س)** .

وَعَلِيُّ ابْنُ حُسَيْنٍ ، وَأَبُو جَعْفَرٍ - مُحمدُ بْنُ عَلِيٍّ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ .

٣١٧٦٣ - وَهُوَ قَولُ جُمهورِ العُلَماءِ بِالمَدِينَةِ .

٣١٧٦٤ - وَإِلى ذَلِكَ ذَهَبَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحابُهما .

٣١٧٦٥ - وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ ، وَإِسحاقُ ، وَأَبو ثَورٍ ، وَأَبو عُبيدٍ ، وَدَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ .

٣١٧٦٦ - لَمْ يُخْتَلَفْ عَنْ مَالِكٍ ، وَلا عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِهِ فِي ذَلِكَ وَلَهُ احْتَجَّ مَالِكٌ فِي مُوَطَّئِهِ وَلَمْ يَحتجَّ فِيهِ بِمَسْأَلَةٍ غَيْرِها ، كَاحْتِجَاجِهِ لَها ، وَلاَ يُعْرَفُ مِنْ مَذْهَبِ المَالِكِيِّينَ غَيْرُ ذَلِكَ إِلاَّ عِنْدنا بِالأَنْدَلُسِ ، فَإِنَّ يَحيَى بْنَ يَحيى تَرَكَهُ ، وَزَعَمَ أَنَّهُ لَمْ يَرَ اللَّيْثَ يفتي بِهِ ، وَلاَ يَذْهَبُ إِلَيهِ .

٣١٧٦٧ - وَكَانَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - يَقُولُ : يُقْضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي كُلِّ البُلْدَانِ ، وَيُحْمَلُونَ عليهِ .

٣١٧٦٨ - قَالَ : وَلاَ يُقْضَى بِالعُهْدَةِ فِي الرَّقِيقِ إِلاَّ بَالمَدِينَةِ ، أَو بَيْنَ قَومٍ يَشْتَرِطُونَها بَيْنَهُم فِي سَائِرِ الآفاقِ .

٣١٧٦٩ - وَرَوى أَبو ثَابتٍ ، عَنِ ابْنِ نَافعٍ ، قَالَ : سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ شَهادَةِ الرَّجُلِ مَعَ يَمِينِ صَاحِبِ الحَقِّ ، أَتُرى أَنْ يُحملَ النَّاسُ عَلَيهِ بِكُلِّ البِلاَدِ ؟ قَالَ : نَعَمْ .

٣١٧٧٠ - وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ عَلى الغَرِيمِ ، وَأَقَامَ آخرُ عَلَيهِ شَاهِداً ، وَيَمِيناً ، فَهُمَا سَواءٌ فِي أُسْوَةِ الغُرمَاءِ .

٣١٧٧١ - **قال أبو عمر** : قَدْ كَانَ جَمَاعَةٌ مِنْ جِلَّةِ العُلَماءِ [١] يُفتُونَ وَيَقْضُونَ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ اتِّباعاً لِلسنَّةِ فِي ذَلِكَ .

---

(١) في **(ط)** التابعين بالعراق .

٣١٧٧٢ - رَوى حَمَّادُ بْنُ زَيدٍ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ [مُحَمَّدِ](١) بْنِ سِيرِين : أَنَّ شُرَيْحاً أَجَازَ شَهادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ(٢) .

٣١٧٧٣ - قَالَ حَمَّاد : وَحَدَّثَنِي عَبْدُ المَجِيدِ بْنُ وَهْبٍ ، قَالَ : شهدْتُ يَحيى بْنَ يَعْمُرَ قَضى بِذَلِكَ .

٣١٧٧٤ - ورَوى هشيمٌ ، قَالَ : أَخْبرنا حصينٌ ، عَنْ عَبدِ اللَّهِ بْنِ عُتبةَ مِثْلَهُ .

٣١٧٧٥ - [ورَوى مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الأَنْصارِيُّ ، عَنِ الأَشْعَثِ ، عَنِ الحَسَنِ مِثْلَهُ](٣)

٣١٧٧٦ - وَرَوى حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ ، عَنْ خَالِدٍ أَنَّ إِياس بْنَ مُعاويَةَ : أَجَازَ شَهادَةَ عَاصِمٍ الجحدريٌّ وَحدَهُ - يعني - مع يمين الطالب !

٣١٧٧٧ - وَرَوى هشيمٌ ، قَالَ : أَخْبرنا المُغيرَةُ ، عَنِ الشعبيِّ ، قالَ : أَهْلُ المَدِينَةِ يَقُولُونَ شِهَادَةَ الشَّاهِدِ ويَمين الطَّالِبِ ، ونَحْنُ لاَ نَقُولُ ذَلِكَ(٤) .

٣١٧٧٨ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ ، والثَّوريُّ ، والأَوزاعيُّ : لاَ يُقْضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ [فِي شَيْءٍ مِنَ الأَشْيَاءِ](٥) .

٣١٧٧٩ - وَهُوَ قَوْلُ إِبراهِيم ، وَالحَكَمِ [بْنِ عُتَيْبَةَ](٦) ، وَعَطَاءٍ(٧) .

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) **التمهيد** (٢ : ١٥٧) .

(٣) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٤) انظر ما مضى من هذه الروايات عن التابعين في **التمهيد** (٢ : ١٥٦ - ١٥٧) .

(٥) زيادة في (ك) .

(٦) سقط في (ك ، ط) .

(٧) المغني (٩ : ١٥٢) ، ونيل الأوطار (٨ : ٢٩٥) .

٣١٧٨٠ - وَاختَلِفَ فِيهِ عَنِ الزُّهريِّ : فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ إِذَا وليَ القَضَاءَ قَضى بِهِ ، وَالأَشْهَرُ (عَنْهُ)[١] رَدُّهُ .

٣١٧٨١ - قال مَعْمرٌ : سَأَلتُ الزُّهريَّ (عَنِ اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ) ؟ فَقَالَ : هَذَا شَيءٌ أَحْدَثَهُ النَّاسُ ، لأَبُدَّ مِنْ شاهِدَيْن .

٣١٧٨٢ - هَذِهِ رِوَايَةُ عَبْدِ الرزَّاقِ ، عَنْ مَعمرٍ .

٣١٧٨٣ - وَقَدْ حَدَّثَنِي خَلَفُ (بْنِ قَاسمٍ)[٢] .

قالَ : حَدَّثَنِي (ابنُ)[٣] المفسرِ - أَبُو أَحْمدَ - بِمِصْرَ قالَ : حدثني أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ ابْنِ سَعِيدٍ ، قالَ : حدثني يَحْيَى بْنُ مَعينٍ ، قَالَ : حَدثني هِشامُ بْنُ (يوسف)[٤] ، عَنْ مَعمرٍ ، عَنِ الزُّهريِّ ، قالَ : أَدْرَكْتُ العُلَمَاءَ[٥] وَهُمْ (لاَ)[٦] يُجِيزُونَ (إلاَّ)[٧] شَهادَةَ عَدْلَيْنِ ، ثُمَّ أَخذَتِ النَّاسُ شَهادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ (وَيَمِينَ صَاحِبِ الحَقِّ .

٣١٧٨٤ - قَالَ مَعمرٌ : وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ : لاَتَجوزُ شَهادَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ مَعَ يَمِينٍ)[٨] .

٣١٧٨٥ - وَقَالَ عَطاءٌ : أَوَّلُ مَنْ قَضى بِهِ عَبْدُ الملكِ بْنُ مَرْوَانَ .

٣١٧٨٦ - وَقَالَ مُحمَّدُ بْنُ الحَسَنِ : يَفْسَخُ القَاضِي القَضاءَ بِهِ ؛ لأَنَّهُ خِلاَفُ القُرآنِ .

---

(١) سقط في (ك) .
(٢) ، (٣) سقط في (ي ، س) .
(٤) في (ك) : يونس ، وأثبتنا ما في (ي ، س) ، وهو الصواب إن شاء الله .
(٥) في (ي ، س) : الناس .
(٦) سقط في (ط) .
(٧) في (ك) : دون .
(٨) سقط في (ي ، س) .

٣١٧٨٧ - **قال أبو عمر** : هَذَا جَهْلٌ ، وَعِنَادٌ ، وَكَيْفَ يَكُونُ خِلَافَ القُرآنِ ؟ وَهُوَ زِيَادَةُ بَيَانٍ .

٣١٧٨٨ - كَنَحْوِ نِكَاحِ المرأةِ عَلَى عَمَّتِها وَعَلَى خَالَتِها مَعَ قَوْلِهِ(١) عزَّ وجلَّ : ﴿ وأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ ﴾[النساء : ٢٤] .

٣١٧٨٩ - مَثلُ ذَلِكَ : المَسْحُ عَلَى الخُفَّيْنِ مَعَ مَا وَرَدَ بِهِ القُرآنُ مِنْ مَسْحِ الرِّجْلَيْنِ ، أوغَسْلِهِمَا ، .

٣١٧٩٠ - وَكَتَحْرِيمِ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ ، وَكُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ مَعَ قَوْلِهِ تعالى : ﴿ قُلْ لاَ أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ ﴾ الآية [الأنعام : ١٤٥] .

٣١٧٩١ - وَكَذَلِكَ مَاقَضَى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنَ اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ مَعَ قَولِهِ تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾[البقرة : ٢٨٢] .

٣١٧٩٢ - بَلْ هَذَا بَيِّنٌ وَاضِحٌ ؛ لأنَّ قَولَهُ عزَّ وجلَّ : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾[البقرة : ٢٨٢] .

لَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لايَجُوزُ القَضَاءُ بِغَيْرِ ذَلِكَ ؛ لأَنَّ القَضَاءَ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ لايَمْنَعُ القَضَاءَ بالشَّهِيدَيْنِ ، وَبِالرَّجُلِ وَالمَرْأَتَيْنِ ، بَلْ كُلُّ ذَلِكَ مِنْ حُكْمِ (اللَّهِ عَزَّ وجلَّ)(٢) ، وَشَرِيعَةِ دِينِهِ (فِي كِتَابِهِ)(٣) ، وَعَلَى سُنَّةِ نَبِيِّهِ وَرَسُولِهِ ﷺ .

٣١٧٩٣ - وَقَدْ أَجْمَعَ العُلَماءُ عَلَى القَضَاءِ بِإِقْرَارِ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي الآيَةِ .

---

(١) في (ط) : كقوله .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

٣١٧٩٤ - وَالَّذِين يرفَعُونَ اليَمِينَ مَعَ الشَّاهِدِ يَقْضُونَ بِنكُولِ المُدَّعى عَليه[1] مَعَ اليَمِينِ ، ولَيْسَ ذَلِك فِي الآيَةِ ، ويَقْضُونَ معاقَد القِمْطِ[2] ، وأنصاف اللبِنِ والجزوع الموضُوعة فِي الحِيطَانِ ، ولَيْسَ ذَلِكَ ولا شَيْءَ مِنْهُ فِي مُحكَمِ القُرآنِ .

٣١٧٩٥ - فاليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ أولى بِذَلِكَ ؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى بِهِ ، وَسَنَّهُ لأُمَّتِهِ .

٣١٧٩٦ - وَمِنْ حُجَّةِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وأَصْحَابِهِ أنْ قَالُوا : (اليَمِينُ)[3] إِنَّما جُعِلَتْ لِلنَّفْي لاَ للإِثْبَاتِ ، وإِنَّما جعَلَها النَّبيُّ ﷺ عَلى المُدَّعَى عَلَيهِ ، لاَ عَلى المُدَّعِي .

٣١٧٩٧ - فَالجَوابُ عَنْ ذَلِكَ أَنَّ الوَجْهَ الَّذِي مِنْهُ عَلِمْنَا أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَعَلَ البَيِّنَةَ عَلَى المُدَّعِي ، وَاليَمِينَ عَلى المُدَّعى عَلَيهِ مِنْ مِثْلِهِ (عَلِمْنا)[4] أنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ ، وَفِيهِ الأُسْوَةُ الحَسَنَةُ ﷺ .

* * *

١٣٩٤ - مَالِكٌ ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَهُوَ عَامِلٌ عَلَى الْكُوفَةِ : أَنِ اقْضِ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ[5] .

(١) في (ي ، س) : على .

(٢) انظر تفسيره في اللسان (م . قمط) ص (٣٧٣٩) ط . دار المعارف .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) في ك : عالماً .

(٥) الموطأ : ٧٢٢ ورواية أبي مصعب (٢٩١٢) وأخرجه النسائي في القضاء في سننه الكبرى على ما جاء في تحفة الأشراف (١٠ : ٢٠٦) ، والبيهقي في سننه الكبرى (١٠ : ١٧٣) ، ومعرفة السنن (٢٠٠٤) .

١٣٩٥ - مَالِكٌ ، أَنَّهُ بَلَغَهُ ؛ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمنِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلاَ : هَلْ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ ؟ فَقَالاَ : نَعَمْ[١] .

٣١٧٩٨ - وأمَّا قَولُ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ : وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ ؛ لاَ يَكُونُ اليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ ، وَيحتجُّ بِقَولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾[البقرة : ٢٨٢] فَلاَ يُحلَّفُ أَحدٌ مَعَ شَاهِدِهِ .

٣١٧٩٩ - قَالَ مَالِكٌ ؛ فَمِنَ الحُجَّةِ عَلى مَنْ قَالَ ذَلِكَ أَنْ يُقَالُ (لَهُ)[٢] ؛ أَرَأَيْتَ لَوَ أَنَّ رَجُلاً ادَّعى عَلى رَجُلٍ مَالاً أَلَيْسَ يَحلِفُ المَطْلُوبُ مَا ذَلِكَ الحَقُّ عَلَيهِ ، فَإِنْ حَلَفَ بَطلَ ذَلِكَ عَنْهُ ، وَإِنْ نَكلَ عَنِ اليَمِينِ حُلِّفَ صَاحِبُ الحقِّ إِنَّ حَقَّهُ لَحقٌّ وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلى صَاحِبِهِ[٣] .

٣١٨٠٠ - فَهذا مَا لاَ اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ (النَّاسِ)[٤] ، وَلا بِبلَدٍ مِنَ البُلْدانِ .. إِلى آخِرِ البَابِ[٥] .

٣١٨٠١ - **قال أبو عمر** : لَيسَ فِي قَولِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ ما يَقْضِي عَلى أَلاَّ يحكمَ إِلاَّ بِهذا ، بَلِ المَعْنى فِيهِ أَنْ يحْكُمَ بهذا ، وَبِكُلِّ مَا يَجِبُ الحكْمُ بِهِ مِنَ الكِتَابِ وَالسُّنَّةِ .

٣١٨٠٢ - وَقَدْ سَنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ القَضاءَ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ ، فَكانَ زِيَادَةَ بَيَانٍ عَلى مَا وَصَفْنَا .

---

(١) الموطأ : ٧٢٢ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩١٣) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) في (ي ، س) : أخيه ، وأثبتنا ما وافق لفظ الموطأ (٧٢٢) .

(٤) في (ي ، س) : التابعين وأثبتنا لفظ الموطأ (٧٢٤) .

(٥) الموطأ (٧٢٤) .

٣١٨٠٣ - وأَمَّا قَولُهُ : « وَهَذا مَا لاَ خِلافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ ، وَلا بِبَلَدٍ مِنَ البلْدانِ » فقَدْ ظهَرَ مِنْ عِلْمِ مَالِكٍ بِاخْتِلافِ مَنْ قَضى قَبْلَهُ مَا يُوجِبُ أَنْ لاَ يَظُنَّ أَحَدٌ بِهِ أَنَّهُ جَهِلَ مَذْهَبَ الكُوفِيِّينَ فِي الحُكْمِ بالنُّكولِ دُونَ رَدِّ يَمِينٍ ، وَإِنَّما أَرَادَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ مَنْ قَالَ إِذَا نكلَ المُدَّعى عليهِ عَنِ اليَمِينِ حُكِمَ عليهِ بِالحَقِّ لِلْمُدَّعِي ، وكَانَ أَحْرى أَنْ يُحْكَمَ عليهِ بالنُّكُولِ ، وَيَمِينِ الطَّالِبِ ؛ لأَنَّها زِيَادَةٌ عَلى مَذْهَبِهِ ، كَما لَو قَالَ قَائِلٌ : إِنَّ العُلَمَاءَ قَدْ أَجْمَعُوا عَلى أَنَّ مُدَّيْنِ تجزئُ فِي كَفَّارَةِ اليَمِينِ كَانَ قَولاً صَحِيحاً ؛ لأَنَّ مَنْ قَالَ يُجزِئُ المُدُّ كَانَ أَحْرى ، أَنْ يُجزِئَ عَنْهُ المُدَّانِ .

٣١٨٠٤ - هَذَا ما أَرَادَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣١٨٠٥ - [(١) أَمَّا اخْتِلاَفُهم فِي الحُكْمِ بالنُّكُولِ] :

٣١٨٠٦ - فَقَالَ مَالِكٌ ، وأَصْحابُهُ : إِذَا نكلَ المُدَّعى عَلَيهِ عَنِ اليَمِينِ حلفَ المُدَّعِي ، وَإِنْ لَمْ يَدعِ المطْلُوب إِلى يَمِينٍ(٢) ، وَلاَ يُقْضى لَهُ بِشَيْءٍ حَتَّى يُحَلَّفَ .

٣١٨٠٧ - وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأَنَّهُ لاَ يَقْضِي عَلى النَّاكِلِ عَنِ اليَمِينِ بِحَقٍّ الطَّالبِ إِلاَّ أَنْ يُحَلَّفَ الطَّالِبُ .

٣١٨٠٨ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : وَلَو رَدَّ المُدَّعى عَليهِ اليَمِينَ عَلى الطَّالِبِ ، فَقُلْتُ لَهُ : احْلِفْ ، ثُمَّ بَدَا لِلْمُدَّعى عَلَيهِ ، فَقَالَ : أَنَا أَحْلِفُ لَمْ أَجْعَلْ ذَلِكَ لَهُ ؛ لأَنِّي قَدْ أَبْطَلْتُ أَنْ يحْلِفَ ، وَجَعَلْتُ اليَمِينَ قَبلَهُ .

٣١٨٠٩ - **قال أبو عمر** : مَنْ رَأى رَدَّ اليَمِينَ فِي الأَمْوَالِ حَدِيثُ القَسامَةِ ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَدَّ فِيها اليَمِينَ عَلى اليَهُودِ إِذْ أَبى الأَنْصارُ مِنْها ، وَلَيْسَ بِالأَمْوَالِ أَعْظَمُ

---

(١) بداية سقط في نسخة (ي ، س) .

(٢) في (ط) : يمينه

حُرمَةً مِنَ الدِّمَاءِ .

٣١٨١٠ - وَهُوَ قَولُ الحِجَازِيِّينَ ، وَطَائِفَةٍ مِنَ العِرَاقِيِّينَ ، وَهُوَ الاحْتِيَاطُ ؛ لأَنَّ مَنْ لاَ يُوجِبُ رَدَّ اليَمِينِ لاَيُبْطِلُ الحُكْمَ بِها مَعَ النُّكُولِ .

٣١٨١١ - وَقَالَ ابْنُ أَبي لَيلى : إِذَا (نَكلَ)[١] المُدَّعى عَلَيهِ أَنَا أَرُدُّ اليَمِينِ عَلَيهِ رَدَدتُّها عَلَيهِ إِذَا كَانَ يُتَّهَمُ ، فَإِنْ لَمْ يُتَّهَمْ ، لَمْ أَرُدَّهَا عَلَيهِ .

٣١٨١٢ - وَرُوِيَ عَنهُ أَنَّهُ يَرُدُّها بِغَيرِ تُهْمَةٍ .

٣١٨١٣ - وأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحَابُهُ ، فَقَالُوا : إِذَا نَكلَ المَطْلُوبُ عَنِ اليَمِينِ حكمَ عَلَيهِ بالحقِّ لِلْمُدَّعِي ، وَلاَ تُرَدُّ اليَمِينُ عَلى المُدَّعى .

٣١٨١٤ - وَمِنْ حُجَّةِ مَنْ ذَهَبَ إِلى هَذَا أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ إِذْ نَكلَ عَنِ اليَمِينِ فِي عَيبِ الغُلاَمِ لِلَّذِي بَاعَهُ قَضى عَلَيهِ عُثْمانُ بالنُكُولِ[٢] ، وَقَضى هُوَ عَلى نَفْسِهِ بِذَلِكَ[٣] .

٣١٨١٥ - وَهَذَا لا حُجَّةَ فِيهِ ، لأَنَّ ابْنَ عُمَرَ يحتملُ فِعْلَهُ أَنَّهُ لما أَوْجَبَ عَلَيهِ عُثْمانُ اليَمِينَ لَقَدْ بَاعَ الغُلامَ ، وَمَا بِهِ أذى يَعْلمهُ كرِهَ اليَمِينَ فَاسْتَرْجَعَ العَبْدُ ، فكأَنَّهُ أَقالَهُ فِيهِ كَرَاهِيَةً لِليَمِينِ ، وَلَيسَ فِي الحَدِيثِ تَصْرِيحٌ بالحُكْمِ بِالنُّكُولِ .

---

(١) في (ط) : قال .

(٢) النكول : هو الامتناع عن حلف اليمين ، فإذا وجبت اليمين على المدّعى عليه ، فأبى أن يحلف قضي عليه بالنكول ، ولا يرد القاضي اليمين مع المدعِي .

(٣) باع عبد الله بن عمر لزيد بن ثابت غلاماً بثمانمائة درهم وشرط ابن عمر البراءة من كل عيب ، فقال زيد لعبد الله بن عمر : بالغلام عيب لم تسمه ، واختصما إلى عثمان بن عفان فقضى عثمان : أن يحلف عبد الله بن عمر : لقد باع العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده ، فباعه عبد الله بألف وخمسمائة .

الموطأ ٢ / ٦١١ والمحلى ٩ / ٤٢ والمغني ١٧٨ وعبد الرزاق ٨ / ١٦٣ وسنن البيهقي ٥ / ٣٢٨ وكشف الغمة ٢ / ١١ .

٣١٨١٦ - وَاحتجَّ مَنْ ذَهَبَ مَذْهَبَ الكُوفِيِّينَ فِي ذَلِكَ بِحَدِيثِ ابنِ أبِي مُلَيْكَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ جَاوَبَهُ فِي المَرأَتَيْنِ ادَّعَتْ إِحْدَاهُمَا عَلى الأخْرى أَنَّها أَصَابَتْ يَدها بإشفى(١)، وأنْكَرَتْ فكَتَبَ إليهِ ابْنُ عَبَّاسٍ أن ادعُهَا واقْرَأْ عَلَيها: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمانِهِم ثَمناً قَليلاً ﴾ الآية [آل عمران: ٧٧] فَإِنْ حَلَفَتْ فَخلٍّ عَنْها، وَإِنْ لَمْ تَحلِفْ فَضمنها(٢).

٣١٨١٧ - **قال أبو عمر**: الاسْتِدْلالُ مِنَ الحَدِيثِ المُسْنَدِ أَولَى، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ لا شَرِيكَ لَهُ.

---

(١) **(الإشفى)**: هو المخرز آلة للإسكاف، والجمع الأشافي.

(٢) رواه ابن جريج، قال: أخبرني ابن أبي مليكة أن امرأتين كانتا تخرزان ليس معهما في البيت غيرهما، فخرجت إحداهما قد طعن في بطن كفها بإشفى خرج من ظهر كفها تقول: طعنتها صاحبتها، وتنكر الأخرى، فأرسلت إلى ابن عباس فيهما، فأخبرته الخبر، فقال: لا تعطى شيئاً إلا بالبينة، فإن رسول الله ﷺ قال «لو يعطى الناس بدعواهم، لا دعى رجال أموال رجال ودماءهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» فادعها فاقرأ عليها القرآن! واقرأ ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً ﴾ [آل عمران: ٧٧] ففعلت، فاعترفت.

وأخرجه الشافعي في المسند ٢ / ١٨٠، وأحمد ١ / ٣٤٣ و ٣٥١ و ٣٥٦ و ٣٦٣، والبخاري (٢٥١٤) في الرهن: باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، و (٢٦٦٨) في الشهادات: باب اليمين على المدعى عليه، في الأموال والحدود، ومسلم (١٧١١) (٢) في الأقضية: باب اليمين على المدعى عليه، وأبو داود (٣٦١٩) في الأقضية: باب في اليمين على المدعى عليه، والترمذي (١٣٤٢) في الأحكام: باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، والنسائي ٢٤٨/٨ في آداب القضاه: باب عظة الحاكم على اليمين، وأبو يعلى (٢٥٩٥)، والطبراني (١١٢٢٣)، والبيهقي ١٠ / ٢٥٢ من طرق عن ابن أبي مليكة، بهذا الإسناد.

وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨ : ٢٧٣)، والأثر والشافعي في «المسند» ٢ / ١٨١، والبخاري (٤٥٥٢) في التفسير: باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم ﴾، والطبراني (١١٢٢٤) و (١١٢٢٥)، والبيهقي ١٠ / ٢٥٢ من طرق عن ابن جريج بهذا الإسناد.

٣١٨١٨ - وَمِنْ حُجَّتهم أيضاً أنَّ النَّبيَّ ﷺ جَعلَ البَيِّنَةَ على المُدَّعِي ، والَيمينَ عَلى المُدَّعى عَلَيهِ ، لا سَبِيلَ إِلى نَقْلِ البَيِّنةِ إلى المُدَّعى عَلَيهِ ، ولاَ إِلى نَقْلِ اليَمينِ إِلى المُدَّعِي .

٣١٨١٩ - **قَالَ أَبو عُمَر** : هَذَا لا يَلْزمُ ؟ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ هُوَ الَّذِي سَنَّ رَدَّ اليَمينِ عَلى المُدَّعِي في القَسامَةِ .

٣١٨٢٠ - وَاستِعْمالُ النُّصُوصِ أَولى مِنْ تَأْوِيلٍ لَمْ يُتابَعْ صَاحِبهُ عَلَيهِ ، وَهَذَا قِياسٌ صَحيحٌ ، وَهُوَ أَصْلُهم جَميعاً فِي القَولِ بِالقِيَاسِ .

* * *

٣١٨٢١ - قَالَ مَالِكٌ : مَضَتِ السنَّةُ فِي القَضَاءِ بِالْيَمينِ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ ، يَحْلِفُ صَاحِبُ الحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَيَستَحِقُّ حَقَّهُ ، فَإِنْ نكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ أَحْلِفَ الْمَطْلُوبُ ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ ، وَإِنْ أَبى أَنْ يَحْلِفَ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِه .

قَالَ مَالِكٌ : وَإِنَّمَا يَكُونُ ذلِكَ فِي الأَمْوَالِ خَاصَّةً ، وَلا يَقَعُ ذلِكَ فِي شيءٍ مِنَ الْحُدودِ ، وَلا فِي نِكَاحٍ وَلا فِي طَلاَقٍ . وَلا فِي عَتَاقَةٍ وَلا فِي سَرِقَةٍ ، وَلا فِي فِرْيَةٍ[1] .

٣١٨٢٢ - **قَالَ أَبو عُمَر** : هكَذا قَالَ عَمْرو بْنُ دِينَارٍ ، وَهِيَ رِوَايَةُ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِد قالَ عَمْرو : وَذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ .

---

(١) الموطأ : ٧٢٢ والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩١٤) .

٣١٨٢٣ - وأجمع القائلون باليمين مع الشاهد من الحجازيين وغيرهم بأنه لا يقضى فيه بشهادة النساء مع الرجال دون ما عداها على ما ذكره مالك رحمه الله .

٣١٨٢٤ - أخبرنا أحمد بن عبد الله بن محمد بن علي قراءة مني عليه ، قال : حدثني الميمون بن حمزة ، قال : حدثني الطحاوي ، قال : حدثني المزني ، قال : حدثني الشافعي ، وحدثني عبد الوارث بن سفيان ، قال : حدثني قاسم بن أصبغ ، قال : حدثني ابن وضاح ، قال : حدثني عبد الرحمن بن يعقوب بن إسحاق بن أبي عباد ، قالا : حدثني عبد الله بن الحارث ، قال : حدثني سيف بن سليمان ، عن قيس ابن سعد ، عن عمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد .

٣١٨٢٥ - قال عمرو : في الأموال خاصة(١) .

٣١٨٢٦ - وحدثني إبراهيم بن شاكر ، ومحمد بن إبراهيم ، قالا : أخبرنا محمد بن أحمد بن يحيى قال : حدثنا محمد بن أيوب ، قال : حدثني أحمد بن عمرو بن الخالق البزار ، قال : حدثني عبدة بن عبد الله ، ورزق الله بن موسى ، قالا : حدثنا زيد بن الحباب ، قال : حدثني سيف بن سليمان ، عن قيس بن سعد ، عن عمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ أنه قضى باليمين مع الشاهد .

٣١٨٢٧ - قال عمرو بن دينار : في الأموال خاصة .

٣١٨٢٨ - قال البزار : سيف بن سليمان ، وقيس بن سعد ثقتان ، ومن بعدهما يستغنى عن ذكرهما لشهرتهما في الثقة والعدالة كثيراً .

(١) تقدم تخريج الحديث في صدر هذا الباب وهو في **التمهيد** (٢ : ١٣٩) .

٣١٨٢٩ - **قال أبو عمر** : رَوى هَذا الحَديثَ عَنْ سَيْفِ بْنِ سُليمانَ جَماعَةٌ .

٣١٨٣٠ - وَعَنْ زَيْدِ بْنِ الحباب جَماعَةٌ مِنهُم أَبُو بكْرِ بْنِ أبي شَيْبَةَ ، وأبو كريبٍ ؛ مُحمدُ بْنُ العلاء ، والحَسنُ بْنُ شَاذان .

٣١٨٣١ - وقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانِيدَ عَنْهُم فِي « التَّمْهِيد »(١) .

٣١٨٣٢ - وَذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، قَالَ : أَخبَرنا مُحمدُ بْنُ مُسلمٍ الطَّائفيُّ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ (٢)

٣١٨٣٣ - **قال أبو عمر** : رأى مَالِكٌ رَحمهُ اللَّهُ - أَنْ يَحْلِفَ الرَّجلُ مَعَ شَهادَةِ امْرأَتَيْنِ فِي الأَمْوَالِ ، ويَستحقُّ حقَّهُ كَما يَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ ، فكأنَّهُ جَعلَ اليَمِينَ مقامَ الشَّاهِدِ ، والمرأَتَينِ مَعَهُ ، فكأنَّهُ قَضى بِرَجُلٍ وَامْرأَتَيْنِ .

٣١٨٣٤ - قَالَ الشَّافعيُّ : لاَ يحْلفُ مَعَ شهادَةِ امْرأَتَيْنِ ؛ لأنَّ شَهادَةَ النِّساءِ دُونَ الرِّجالِ لاَتجُوزُ فِي الأَمْوَالِ ، وإِنَّما يحْلفُ الرَّجلُ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ (كَما)(٣) جَاءَ فِي الحَديثِ .

٣١٨٣٥ - قَالَ : « وَفِي مَعنى السُّنَّةِ أَنْ تَحْلفَ المرْأَةُ مَعَ شَاهِدِها كَما يحْلفُ الرَّجُلُ ، فَلَو أَخذْنا شَهادَةَ المَرْأَتَينِ مَعَ يَمينِهما كَما قَدْ قَضَيْنَا بِخلاَفِ السُّنَّةِ المُجْتَمَعِ عَلَيها فِي شَهادَةِ النِّساءِ دُون الرِّجالِ فِي الأَموالِ ، وَيلْزمُ مَنْ قَالَ هَذا أَنْ يُجيزَ أَرْبعاً مِنَ النِّساءِ فِي الأَمْوالِ .. » فأتى فِي هَذا بِكَلامٍ كَثِيرٍ حَسَنٍ كُلِّهِ ، ذكرَهُ المَزنيُّ والرَّبيعُ عَنهُ(٤) .

---

(١) (٢ : ١٣٨ - ١٤٠) .

(٢) التمهيد (٢ : ١٤٠) ، وأحكام القرآن للجصاص (١ : ٥١٦)

(٣) في (ط) : على ما .

(٤) **الأم** (٦ : ٢٥٦) باب « ما يقضى فيه باليمين مع الشاهد » .

٣١٨٣٦ - وَقَالَ الشَّافعيُّ : « وَكُلُّ مَا كانَ مِنَ الأَمْوالِ المُتنقلَة مِنْ مِلْكِ مَالكٍ إلى مِلْكِ مالكٍ قضى فِيهِ باليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ(١) عِنْدَهُم فِي طَلاقٍ ، وَلاَ عِتْقٍ ، وَلاَ فِيما عَدا الأَمْوالَ على ما وَصَفْنَا .

٣١٨٣٧ - وَأَمَّا مَنْ لاَ يَقُولُ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ ، فَهُوَ أَحْرى بِذَلِكَ ، وَلكنَّ الشَّافعيَّ ، وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ مُوجِبُونَ اليَمِينَ ، وَردّها فِي كُلِّ دَعْوى مَالٍ وَغَيرِ مَالٍ طَلاقاً كَانَ أوعِتْقاً ، أو نِكاحاً ، أو دَماً إلا أَنْ يَكُونَ مَعَ مُدَّعِي الدَّمِ دَلالَةٌ كَدلاَلَة الجاريَتَيْنِ عَلى يَهُودِ خَيْبَرَ ، فيدعى حِينَئذٍ المدعُونَ بِالأَيْمانِ ، وَتكُونُ قسامةً ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ دَلاَلَةٌ حَلَفَ المدَّعى عَلَيهِ كَما يحْلفُ فِيما سِوى الدَّمِ .

٣١٨٣٨ - وَقَولُ أَبي حَنِيفَةَ فِي دَعْوى المرْأَةِ الطَّلاقِ ، وَقَولِ العَبْدِ العتقِ كَقولِ الشَّافعيِّ يُسْتحلَفُ السَّيِّدُ والزَّوجُ لَهُما إِلاَّ أَنَّهُ يَقْضي عَلَيهما بالنُّكُولِ دُونَ يَمِينٍ عَلى مَذْهَبِهم فِي ذَلِكَ .

٣١٨٣٩ - وَقَالَ الشَّافعيُّ : وَلَوِ ادَّعى أَنَّهُ نَكحَ امْرأَةً لَمْ أَقْبَلْ دَعْواهُ حتيَّ يَقُولَ : نَكَحْتُها بِوَلِيٍّ ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ ، وَرِضَاها ، فَإِنْ حَلَفَتْ بَرِئَتْ ، وَإِنْ نَكَلَتْ حلفَ وَقضى لَها بِأَنَّها زَوْجَتُهُ .

٣١٨٤٠ - وَاخْتَلفَ الفُقَهاءُ فِي تَحْليف زَوْجِ المَرأَةِ المُدَّعِيَةِ للطَّلاقِ ، وَتَحْليفِ سَيِّدِ العَبْدِ المُدَّعِي للعتْقِ عَلَيهِ سَيِّدُهُ ، هَلْ تَجِبُ اليَمِينُ عَلى السَّيِّد ، أَو الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوى مِنَ المَرْأَةِ أَوِ العَبْدِ أَمْ لاَ ؟

٣١٨٤١ - فَقَالَ مَالِكٌ : لاَ يَمِينَ عَلى الزَّوجِ ، وَلاَ عَلى السَّيِّدِ حَتَّى تُقِيمَ المَرْأَةُ

---

(١) من هنا سقط في (ك) يستمر حتى نهاية الفقرة (٣١٨٤٣) وثابت في (ط) لكنه مطموس طمساً تستحيل معه القراءة وأثبته من نسختي (ي ، س) .

شَاهِداً واحِداً عَدْلاً بِأَنَّهُ طَلَّقَهـا ، أو يُقِيمَ العَبْدُ شَاهِداً عَدْلاً بِأَنَّ سَيِّدَهُ أَعْـتَقَهُ ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَتِ اليَمِينُ عَلى سَيِّدِ العَبْدِ فِي دَعْوى العتْقِ ، وَعَلى الرَّجُلِ لامْرَأَتِهِ فِي دَعْوى الطَّلاقِ .

٣١٨٤٢ - وَهَذَا نَحوُ قَولِهِ رحمـهُ اللَّهُ فِي الخلطةِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُوجبْ يَمِيناً لِلْمَدَّعِي عَلى المُدَّعى عَلَيهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوى حَتَّى تثبتَ الخلْطةُ بَيْنَهُما .

٣١٨٤٣ - وَقَالَ أَبوُ حَنِيفَةَ ، وَالشَّافعيُّ ، وَجُمهورُ العُلماء : (إِنَّ اليَـمِينَ)(١) وَاجِبَةٌ على زَوْجِ المرأَةِ المُدَّعِيَةِ بالطَّلاقِ ، وَعَلى سَيِّدِ العَبْدِ المُدَّعِي لِلْعتقِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوى ، وَلا تَجِبُ عِنْدَ الشَّافعيِّ يَمِينٌ مَعَ شَاهِدٍ فِي غَيرِ الأَمْوَالِ)(٢) .

٣١٨٤٤ - وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ ، فَلا يَقُولُونَ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي الأَمْوَالِ ، وَلاَ فِي غَيرِها عَلى مَا تَقَدَّمَ عَنْهُم .

٣١٨٤٥ - وَاختَلَفَ أَصْحابُ مَالِكٍ فِي مَعْنى هَذهِ المَسْأَلَةِ فِي الَّذِي شَهِدَ عَلَيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ لِزَوْجَتِهِ أَنَّهُ طَلَّقَها أَو لِعَبْدِ أَنَّهُ أَعتَقَهُ ، فَأَبى مِنَ اليَمِينِ .

٣١٨٤٦ - فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ : يحبسُ حتَّى يحلفَ .

٣١٨٤٧ - قالَ : وَقَدْ كَانَ مَـالكٌ يَقُولُ : يعتقُ عَليهِ العَبْـدُ ، وَتُطَلَّقُ عَلَيهِ الزَّوْجَةُ إذا أَبى ، وَنكلَ عَنِ اليَمينِ ثُمَّ رَجعَ إلى مَا قُلْتُ لَكَ .

٣١٨٤٨ - وَقالَ ابْنُ القاسمِ : وَبِقَول الآخر أَقُولُ .

٣١٨٤٩ - وَقالَ أَشْهَبُ : إذا أَبى مِنَ اليَمِينِ طلقَ عَلَيهِ ، وأَعْتقَ عَلَيهِ .

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) نهاية سقط فى (ك) .

٣١٨٥٠ - وَعَنِ ابْنِ القَاسِمِ أَيضاً أَنَّهُ قَالَ : إِذا طَالَ سِجْنُهُ أُطلِقَ ، وردَّ إلى زَوْجَتِهِ .

قالَ : وأرى أنَّ الطّولَ فِي سجْنِهِ عَامٌ .

٣١٨٥١ - وقَالَ ابْنُ نافعٍ : يسْجنُ ويَضْربُ لَهُ أَجَلُ الإِيلاَءِ .

٣١٨٥٢ - ولِمَالِكٍ فِي هَذا البَابِ تَنْظِيرُ مَسائِلَ عَلى مَا ذَهَبَ إليهِ فِيهِ احتِجاجاً لِمَذْهَبِهِ ، يَرِد الاختِلافُ عَلَيها ومَذَاهِبُ العُلماءِ فِيها فِي مَواضِعِها .

إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

* * *

(٥) باب القضاء فيمن هلك وله دين ، وعليه دين ، له فيه شاهد واحد(*)

١٣٩٦ – مَالِكٌ ، فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ وَلَهُ دَيْنٌ ، عَلَيْهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ ، لَهُمْ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ ، فَيَأْبَى وَرَثَتُه أَنْ يَحْلِفُوا عَلَى حُقُوقِهِمْ مَعَ شَاهِدِهِمْ ، قَالَ : فَإِنَّ الْغُرَمَاءَ يَحْلِفُونَ وَيَأْخُذُونَ حُقُوقَهُمْ ، فَإِنْ فَضَلَ فَضْلٌ لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ مِنْهُ شيءٌ ، وَذَلِكَ أَنَّ الأَيْمَانَ عُرِضَتْ عَلَيْهِمْ قَبْلُ ، فَتَرَكُوهَا ،

(*) **المسألة – ٦٧٣ –** من شروط الشهادة العامة أهلية العقل والبلوغ ، والحرية والإسلام والبصر ، والنطق ، والعدالة ، وعدم التهمة ، ولكن للشهادة شروط خاصة تخص بعض الشهادات دون بعض ، فأهمها العدد في الشهادة ، والاتفاق في الشهادتين عند التعدد ، وما إلى ذلك .

ويهمنا هنا شهادة العدد بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾ وذلك في الحقوق المدنية كالنكاح ، والطلاق ، والعدة ، والوقف ، والوكالة ، والهبة ، والولادة ، والنسب ، فهذه الحقوق تثبت عند **الحنفية** بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . وقبول شهادة المرأة هنا لتوافر أهلية الشهادة عندها : وهي الشهادة والضبط والأداء . والسبب في جعل المرأتين في مقام رجل في الشهادة : هو نقصان الضبط بسبب زيادة النسيان ، كما في قوله تعالى : ﴿ أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ﴾ .

وقال الشافعية والمالكية والحنابلة : لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها كالبيع والإجارة والهبة والوصية والرهن والكفالة ؛ لأن الأصل عدم قبول شهادة النساء لغلبة العاطفة عليهن ، واختلال ضبط الأمور ، وقصور الولاية على الأشياء . أما ما ليس بمال ولا يقصد منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والوكالة وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا ، فلا يثبت إلا بشاهدين ذكرين ، لقوله تعالى في الرجعة : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ ولما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » وعن الزهري أنه قال : « جرت السنة على عهد رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده ألا تقبل شهادة النساء في الحدود والدماء » **قال الشافعية :** فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود ، وقسنا عليها كل ما لا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال . =

إلاَّ أَنْ يَقُولُوا لَمْ نَعْلَمْ لِصَاحِبِنَا فَضْلاً ، وَيُعْلَمُ أَنَّهُمْ إِنَّمَا تَرَكُوا الأَيْمَانَ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَحْلِفُوا وَيَأْخُذُوا مَا بَقِيَ بَعْدَ دَيْنِهِ(١) .

٣١٨٥٣ - **قال أبو عمر** : خَالَفَه فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ طَائِفَتَانِ :

(إِحْدَاهُما) : مَنْ يَقُولُ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ .

(والأُخْرى) : الدَّافِعَةُ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ .

وهي بِذَلِكَ أَحْرى .

٣١٨٥٤ - وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَيحْلفُ عِنْدَهُ الوَارِثُ مَعَ الشَّاهِدِ الَّذي لِمَورُوثِهِ على دَيْنِهِ ، وَلاَ يَجُوزُ عِنْدَهُ أَنْ يحْلفَ الغَرِيمُ ، وَلَكِنْ إِذا حلفَ الوَرَثَةُ كَانَ الغُرماءُ أَحَقُّ بِالمَالِ ؛ لأَنَّهُ لاَ مِيرَاثَ إِلاَّ بَعْدَ أَدَاءِ الدَّيْنِ .

٣١٨٥٥ - ذكرَ المزنيُّ(٢) ، عَنِ الشَّافعيِّ ، قالَ : ولَو أتى قَومٌ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ أَنَّ لأَبِيهم عَلَى فُلانٍ حَقًّا ، أَو أَنَّ فُلاناً أَوصى لَهم(٣) ، فَمَنْ حَلفَ مِنْهُم مَعَ شَاهِدِهِ استَحَقَّ

= وفي حد الزنا أجمع العلماء على أنه لا يثبت بأقل من أربعة شهود رجال عدول أحرار مسلمين ، لقوله تعالى : ﴿ لولا جاؤوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء ، فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ وقوله سبحانه ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ وقوله عز وجل : ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ . وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال : « أربعة شهود وإلا حد في ظهرك » . وفي سائر الحدود الأخرى والقصاص اتفق الجمهور على أنها بشهادة رجلين لقوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ولا تقبل فيها شهادة النساء لا مع رجل ، ولا مفردات .

وانظر في هذه المسألة : المهذب (٢ : ٣٣٣) ، بداية المجتهد (٢ : ٤٥٤) ، المغني (٩ : ١٤٩) ، بدائع الصنائع (٦ : ٢٧٧) .

(١) الموطأ : ٧٢٥ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٢٣) .

(٢) في المختصر ، ص ٣٠٦ .

(٣) في (ط) : له .

موروثه[١] ، وَوَصِيَّتهُ دُون مَنْ لَمْ يَحْلفْ ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهم غَائِباً ، أَو صَغِيراً حَلفَ (الحَاضِرُ)[٢] البَالغُ وأَخذَ حَقَّهُ ، وَإِنْ كانَ مَعْتُوهاً ، فَهُوَ عَلى حَقِّهِ حَتَّى يَعْقلَ ، فَيَحْلفُ ، أَو يَمُوتُ ، فَيَقُومُ وَارِثُهُ مقامَهُ يحْلفُ ، (ويسْتحقّ)[٣] ، وَلاَ يسْتحقُّ أَحَدٌ بِيَمِينٍ لأَخِيهِ ؛ لأَنَّ كلا إِنَّما يَقُومُ مقامَ المَيِّتِ فِيما وَرِثَ عَنْهُ ، كَما لَو كَانَ لِرَجُلَيْنِ عَلى رَجُلٍ أَلْفَا دِرْهَمٍ ، وأَقامَا عَلَيهِ شَاهِداً فَحلفَ أَحَدهُما لَمْ يَسْتحقّ إِلاَّ الأَلْفَ وَهِيَ الَّتِي يمْلكُ ، وَلاَ يحْلفُ أَحدٌ عَلى مِلْكِ غَيرِهِ ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ إِنَّما قضى بِاليَمِينِ لِصَاحِبِ الحَقِّ .

٣١٨٥٦ - قالَ الشَّافعيُّ : وَإِنْ كَانَ الوَرَثَةُ بَالِغِينَ ، وَأَبَوْا أَنْ يَحْلِفُوا ، فَإِنَّ (صَاحِبنَا قَالَ)[٤] : يحْلفُ غُرماءُ المَيِّتِ وَيَأْخُذُونَ حُقُوقَهُم ، وَلاَ يَأْخُذُ مَنْ أَبى اليَمِينَ مِنَ الوَرَثَةِ شَيْئاً [إِلاَّ أَنْ يَقُولُوا » فَذكرَ كَلاَمَ مَالكٍ إِلى آخرِهِ فِي « المُوطَّأ » .

٣١٨٥٧ - قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَهَذا مَذْهَبٌ][٥] ، وأَحْسَبُهُ ذَهَبَ إِلى أَنَّ الغَرِيمَ أَحَقُّ بِالمَالِ مِنَ (الوَرَثَةِ)[٦] ، فَيحْلفُ ، وَيَأْخُذُ حَقَّهُ .

٣١٨٥٨ - قَالَ الشَّافعيُّ : وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى لِمَنْ أَقامَ شَاهِداً الحَقُّ لَهُ عَلى آخرَ بِيَمِينهِ ، وأَخذَ حَقَّهُ ، فَإِنَّما أَعْطى بِاليَمِينِ مَنْ شهدَ لَهُ بِأَصْلِ الحَقِّ ، وَإِنَّما جُعِلَتْ لِلْوَارِثِ اليَمِينُ ؛ لأَنَّ اللَّهَ تعالى نَقَلَ مِلْكَ المَيِّتِ إِلى الوَارِثِ ، فَجعلَ يَقُومُ فِيهِ

---

(١) في (ط) : من ورثه .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ط) .

(٤) سقط في (ي ، س) .

(٥) مامضى بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٦) في (ط) : وارثه .

مقَامَهُ بِقَدْرِ مَا فرضَ لَهُ .

٣١٨٥٩ - قَالَ : ولَيسَ المُوصى لَهُ ، ولاَ الغَرِيمُ مِنَ الوَارِثِ بِسَبِيلٍ ، ألا ترى أنَّ الغَرِيمَ لاَ يلزَمُهُ مِنْ نفَقَةِ العَبِيدِ الَّذِينَ تَرَكَهُم المُتوفَّى شَيْءٌ ، وأنَّ الغَرِيمَ لَو حَلفَ ، وَطَرأَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ كَانَ لِلْوَارِثِ أنْ يَقْضِيَ دَيْنَ الغَرِيمِ مِنْ غَيرِ المَالِ الَّذي حلفَ عَليهِ .

٣١٨٦٠ - **قال أبو عمر** : أكثَرَ الشَّافعيُّ فِي هَذا البَابِ ، فَنَقَلْتُ مِنْهُ مَا بِالنَّاظِرِ فِي هَذا الكِتَابِ حَاجَةٌ إِلَيهِ .

٣١٨٦١ - وَهُوَ قَولُ أحْمدَ ، وإِسْحاقَ ، وأبي ثَورٍ .

٣١٨٦٢ - قالَ مَالكٌ : وإذا هَلَكَ رَجُلٌ ، وَعَليهِ دَيْنٌ يغترفُ مَالَهُ ، فَأبى الوَارِثُ أنْ يحْلفَ مَعَ الشَّاهِدِ لَمْ يكُنْ لِلْغَرِيمِ أنْ يحْلفَ مَعَ شَاهِدِ المَيِّتِ ، وَيستَحقُّ ، وإِنْ حلفَ الوَارِثُ مَعَ الشَّاهِدِ حكمَ بالدَّينِ ، وَدفعَ إلى الغَرِيمِ .

* * *

(٦) باب القضاء في الدعوى(*)

١٣٩٧ – مَالِكٌ ، عَنْ جَمِيلِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ الْمُؤَذِّنِ ؛ أَنَّهُ كَانَ يَحْضُرُ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَهُوَ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ ، فَإِذَا جَاءَهُ الرَّجُلُ يَدَّعِي عَلَى الرَّجُلِ حَقًّا ، نَظَرَ ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلابَسَةٌ ، أَحْلَفَ الَّذِي ادُّعِيَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذلِكَ ، لَمْ يُحَلِّفْهُ .

قَالَ مَالِكٌ : وَعَلَى ذلِكَ ، الأَمْرُ عِنْدَنَا ، أَنَّهُ مَنِ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بِدَعْوَى ، نُظِرَ ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلابَسَةٌ أَحْلِفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ حَلَفَ

(*) المسألة – ٦٧٤ – البينة أقوى الأدلة ، وهي حجة متعدية ، ولا يقتصر أثرها على المدعى عليه بل يثبت في حقه وحق غيره فإذا لم تكن بينة للمدعي على المدعى عليه فاليمين على المدعى عليه وفي حال النكول ، والنكول : استنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه من القاضي ، فإذا أبى المدعى عليه أن يحلف ، هل يحلف المدعي ، أو يقضى له بنكول صاحبه عن اليمين ؟ اختلف العلماء في الموضوع :

فقال المالكية : ترد اليمين على المدعي بعد النكول في الأموال وما يؤول إليها فقط كخيار وأجل . وذلك إذا ثبتت الدعوى ، أما مجرد دعوى الاتهام فلا ترد على المدعي .

وقال الشافعية : ترد اليمين على المدعي في جميع الحقوق ما عدا جنايات الدماء والحدود ، ويقضى له بمدعاه ، ولا يقضى بنكول المدعى عليه ، وتعتبر اليمين المردودة إقراراً تقديرياً ، وهذا هو الذي صوبه الإمام أحمد ، فيكون رأي مالك والشافعي وأحمد هو القول برد اليمين ، لكن المختار عند **الحنابلة** القول بعدم رد اليمين .

استدلوا بما روى ابن عمر : « أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق » ولأن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين بعد أن طلبت منه ، ظهر صدق المدعي ، وقوي جانبه ، فتشرع اليمين في حقه ، كالمدعى عليه قبل نكوله ، وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد ، كما سنبين ، وقال تعالى : ﴿ أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم ﴾ أي بعد الامتناع من الأيمان الواجبة ، فدل على نقل الأيمان من جهة إلى جهة ولا يقضى بالنكول ؛ لأن النكول كما يحتمل أن يكون امتناعاً وتحرزاً عن اليمين الكاذبة ، يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة ، فلا يقضى للمدعي مع تردد المدعى عليه ، =

بَطَلَ ذلكَ الْحَقُّ عَنْهُ ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ ، وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي ، فَحَلَفَ طَالِبُ الْحَقِّ ، أَخَذَ حَقَّهُ(١) .

= إذا لايتعين بنكوله صدق المدعي ، فلا يجوز الحكم له من غير دليل ، فإذا حلف المدعي كانت يمينه دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها .

وقال الحنفية ، والحنابلة في المشهور عندهم : لا ترد اليمين على المدعي ، وإنما يقضي القاضي على المدعى عليه بالنكول عن اليمين ، وبإلزامه بما أدعى عليه المدعي . والنكول إما أن يكون حقيقة كقوله : « لا أحلف » أو حكماً كأن سكت ، دون أن يكون هناك عارض كخرس وطرش .

وتعرض اليمين على المدعى عليه مرة واحدة . ولكن لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبداء العذر : ينبغي للقاضي تكرار عرض اليمين ثلاث مرات بأن يقول له : إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً ، فإن حلفت فيها ، وإلا قضيت عليك بما ادعاه خصمك .

استدلوا بقول النبي ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فقد جعل جنس الأيمان على المنكرين ، كما جعل جنس البينة على المدعي . وفي لفظ آخر للحديث في الصحيحين : « ولكن اليمين على المدعى عليه » فحصر اليمين في جانب المدعى عليه .

واستدل **الحنفية** أيضاً بأن النكول دليل على كون المدعى عليه باذلاً للحق إذا اعتبرنا النكول بذلاً ، وهو رأي أبي حنيفة ، أو كونه مقراً إقراراً تقديرياً بالحق المدعى به إذا اعتبرنا النكول إقراراً ، وهو رأي الصاحبين ، ولولا كون المدعى عليه باذلاً أو مقراً ، لأقدم على اليمين دفعاً لضرر الدعوى عن نفسه وقياماً بالواجب ؛ لأن اليمين واجبة عليه بقوله ﷺ : « واليمين على من أنكر » وكلمة (على) للوجوب .

وينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه : « إني أعرض اليمين عليك ثلاث مرات ، فإن حلفت ، وإلا قضيت عليك بما ادعاه المدعي » فإن كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول .

وانظر في هذه المسألة : مغني المحتاج : ٤/١٥٠ ، ٤٧٧ وما بعدها ، المهذب : ٢/٣٠١ ، ٣١٨ بداية المجتهد : ٢/٤٥٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٤/١٤٦ وما بعدها ، المغني : ٩/٢٣٥ ، الميزان : ٢/١٩٦ ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : ص ١١٦ ، الشرح الصغير : ٥/٦٤ ، المبسوط ١٧/٣٥ ، البدائع : ٦/٢٢٥ وما بعدها ، ٢٣٠ ، الدر المختار : ٤/٤٤٢ ، اللباب شرح الكتاب : ٤/٣٠ ، المغني : ٩/٢٣٥ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته (٦ : ٥١٦) .

(١) الموطأ : ٧٢٥ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٢٤) .

٣١٨٦٣ - **قال أبو عمر** : قَدْ مضى القَولُ فِي رَدِّ اليَمِينِ ، وَاخْتَلَفَ الفُقهاءُ فِي اليَمِينِ عَلى المُدَّعى عَلَيهِ ، هَلْ تَجِبُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوى دُونَ خلْطةٍ أَو مُلابَسَةٍ تكُونُ بَيْنَ المُتَداعِيَيْنِ أَمْ لاَ ؟

٣١٨٦٤ - فالَّذي ذَهَبَ إليهِ مَالكٌ وَأَصْحابُهُ مَا ذكرَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزيزِ فِي « المُوَطَّأ » أنَّ اليَمِينَ لاَ تَجِبُ (إلاَّ)[١] بِالخلطَةِ .

٣١٨٦٥ - وَهُوَ قَولُ جَماعَةٍ مِنْ عُلماءِ المَدِينَةِ .

٣١٨٦٦ - ذَكرَ إِسْماعيلُ بْنُ إِسْحاقَ ، قَالَ : حدَّثَني سُليمانُ بْنُ حَرْبٍ ، قالَ : حَدَّثَنا حَمَّادُ بْنُ سَلَمةَ ، عَنْ إِياسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ ، عَنِ القَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، قالَ : إِذا ادَّعى الرَّجلُ الفَاجِرُ عَلى الرَّجُلِ الصَّالِحِ شَيْئًا ، يعْلَمُ النَّاسُ أَنَّهُ فِيهِ كَاذِبٌ ، وَلاَ يعْلَمُ أَنَّهُ كانَ بَيْنَهُما أَخذ وَلاَ إِعْطاء لَمْ يسْتحلفْ .

٣١٨٦٧ - قَالَ : وحدَّثَنا ابْنُ أَبي أُوَيْسٍ ، عَنْ أَبِي الزِّنادِ[٢] قالَ : كَانَ عُمرُ بْنُ عَبْدِ العَزيزِ يَقُولُ : إِنَّا - وَاللَّهِ - لاَ نُعْطِي اليَمِينَ كُلَّ مَنْ طَلَبَها ، وَلاَ نُوجِبُها إِلاَّ بِشَبِيهٍ بِما يُوجِبُ بِهِ المَالَ .

٣١٨٦٨ - قالَ أَبُو الزِّناد : (يُرِيدُ بِذَلِكَ)[٣] المُخَالَطَةَ ، وَاللطخَ ، وَالشُّبْهَ .

٣١٨٦٩ - قالَ : وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنا .

٣١٨٧٠ - **قال أبو عمر** : المَعْمُولُ بِهِ عِنْدَنا أَنَّ مَنْ عرفَ بِمُعامَلَةِ النَّاسِ مِثْلَ

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) في (ك) ، عن أبي الزناد ، عن أبيه .

(٣) سقط في (ي ، س) .

التُّجَّارِ بَعْضِهِم لِبَعْضٍ ، وَمَنْ نَصَّبَ نَفْسَهُ لِلشِّراءِ وَالبَيْعِ مِنْ غَرِيبٍ ، وَغَيْرِهِ ، وَعرفَ بِهِ ، فَاليَمِينُ عَلَيهِ بِمَنِ ادَّعى مُعامَلَتَهُ ، وَمُدَايَنَتَهُ فِيمَا يُمْكِنُ ، وَمَا كَانَ بِخِلافِ هَذِهِ الحَالِ مِثْلَ المَرْأَةِ المَشْهُورَةِ المُحتَجبَةِ ، والرَّجُلِ المَسْتُورِ المُنْقَبضِ عَنْ مُداخَلَةِ المُدَّعى عَلَيهِ ، وَمُلاَبَسَتِهِ ، فَلاَ تَجِبُ اليَمِينُ عَلَيهِ إلاَّ بِخلطةٍ ، وَفِي الأُصُولِ أَنَّ مَنْ جَاءَ بِما لاَ يُشْبِهُ ، وَلاَ يُمكِنُ فِي الأَغْلَبِ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ .

٣١٨٧١ - أَخْبَرنا عَبْدُ الوَارِثُ ، قَالَ : حدَّثنا قَاسِمٌ ، قالَ : حدَّثني مضرُ بْنُ محمدٍ قالَ : حدَّثني قَبيصةُ بْنُ عُقْبَةَ ، قالَ : حدَّثني (سُفْيانُ)(١) الثَّوريُّ ، عَنْ سَماكِ ابْنِ حَرْبٍ ،عَنْ سَعِيدِ بنِ جُبيرٍ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : لَمَّا أُوتِي يَعْقُوبُ بِقَمِيصِ يُوسُفَ - عَلَيهِما السَّلامُ - وَلَمْ يرَ فِيهِ خرْقا ، قالَ : كَذَبْتُمْ ، لَو أَكَلَهُ الذِّئْبُ لَخَرَقَ قَمِيصَهُ(٢) .

٣١٨٧٢ - وَحدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ ، قالَ : حدَّثني قَاسِمٌ ، قالَ : حدَّثني مضرُ بْنُ مُحمدٍ ، قَالَ : حدَّثني الفَضلُ بْنُ دكينٍ ، قَالَ : أَخبَرنا زَكرِيَّا بْنُ أَبي زَائِدةَ ، عَنْ عَامرٍ الشعبيُّ ، قَالَ : كَانَ فِي قَمِيصِ يُوسُفَ - عَلَيهِ السَّلامُ - ثَلاثُ آياتٍ : حِينَ قُدَّ قَمِيصُهُ مِنْ دُبرٍ ، وَحِينَ أُلْقِيَ عَلى وَجْهِ أَبِيهِ ، فَارْتَدَّ بَصِيراً ، وَحِينَ جَاءُوا بِالدَّمِ عَلَيهِ ، وَلَيسَ فِيهِ شقٌ عَلمَ أَنَّهُ كَذبٌ ؛ لأَنَّهُ لَو أَكَلَهُ الذِّئْبُ لَخرقَ قَمِيصَهُ .

٣١٨٧٣ - وَمِمَّا يَشْهَدُ بِهذا قَولُهُ تعالى : ﴿ إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [يوسف :٢٧] .

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) تفسير ابن كثير سورة يوسف آية (١٨) .

٣١٨٧٤ - وَهَذَا أَصْلٌ فِيمَا ذَكَرْنَا في كلِّ مَا يشبهه والله أعلمُ ، وباللهِ التوفيقُ .

٣١٨٧٥ - وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : لا يستحلفُ المُدعى عَلَيهِ القِصَاص ، وَلاَ الضَّرب بِالسَّوطِ وَمَا أَشْبَهَهُ ، إِلاَّ أَنْ يَأْتِيَ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ عَدلٍ ، فَيستحلفُ لَهُ كَالطَّلاقِ ، وَالعتقِ إِذَا جَاءَتِ المَرأَةُ ، أَو العَبْدُ بِشَاهِدٍ (وَاحِدٍ)[1] عَدلٍ اسْتحلفَ الزوجُ ، أَو السَّيِّدُ مَا طلقَ ، وَلاَ أَعْتقَ .

٣١٨٧٦ - **قال أبو عمر** : قالَ الشَّافعيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهما ، وَالثَّوريُّ ، وَأَحْمدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَورٍ : كُلُّ مَنِ ادَّعى حَقًّا عَلى غَيرِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ اسْتحلفَ المدَّعى عَلَيهِ فِي كُلِّ مَا يستَحقُّ مِنَ الحقوقِ كُلِّها .

٣١٨٧٧ - وَحُجَّتهم حَدِيثُ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ : « لَو أُعْطِي قَومٌ بِدَعْوَاهُم لاَدَّعى أَقْوَامٌ دَمَ أَقْوَامٍ ، وَأَموَالَهم ، وَلَكِنَّ البَيِّنَةَ عَلى المُدَّعِي ، وَاليَمِينُ عَلى المُدَّعى عَلَيهِ »[2] .

٣١٨٧٨ - [وَمِنْ رُوَاةِ هَذا الحَدِيثِ مَنْ لاَ يذكرُ فِيهِ البَيِّنَةَ عَلى المدَّعِي ، وَإِنَّما يَقُولُ : « اليَمِينُ عَلى المُدَّعى عَليهِ »][3] .

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) أخرجه البخاري في الرهن ، ح (٢٥١٤) ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه (٥ : ١٤٥) من فتح الباري . وفي الشهادات ، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود . وفي تفسير سورة آل عمران . وأخرجه مسلم في أول كتاب الأقضية ، ح (٤٣٩٠ - ٤٣٩١) ، باب اليمين على المدعى عليه (٥ : ٦٠٩) بتحقيقنا . وأبو داود في الأقضية ، ح (٣٦١٩) ، باب اليمين على المدعى عليه (٣ : ٣١١) ، والترمذي في الأحكام ، ح (١٣٤٢) ، باب ما جاء في أن البينة على المدعي (٣ : ٦٢٦) . والنسائي في آداب القضاة (٨ : ٢٤٨) ، باب عظة الحاكم على اليمين ، وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٢١) ، باب البينة على المدعي (٢ : ٧٧٨) .

(٣) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س)

٣١٨٧٩ - حدَّثني أَحْمدُ بْنُ قاسمٍ، وعَبدُ الوارِثِ بْنُ سُفْيانَ، قالاَ: حدَّثني قاسِمُ بْنُ أَصْبغٍ، قالَ: حدَّثني الحَارِثُ بْنُ أَبي أُسامَةَ، ومُحمدُ بْنُ إِسْماعِيلَ الصَّائغُ، قالاَ: حدَّثني يَحيى بْنُ أَبي بُكَيْرٍ[١]، قالَ: حدَّثني نافعُ بْنُ عُمَر - يَعْني الجمحيَّ - عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكةَ، قالَ: كَتَبْتُ إِلى ابْنِ عبَّاسٍ فِي امْرأَتَيْنِ كَانَتا تجوزانِ فِي البَيْتِ، وأَخْرَجَتْ إِحْداهُما يَدَها تَشْخُبُ[٢] دماً فَقالَتْ: أَصابَتْنِي هَذهِ، وأَنْكرَتِ الأُخْرى، فكَتَبَ إِليَّ ابْنُ عبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى أَنَّ اليَمِينَ عَلى المُدَّعى عَلَيه، وقالَ: «لَو أَنَّ النَّاسَ أُعْطُوا بِدَعْواهُم، لاَ دَّعى قَومٌ دَمَ قَومٍ وأَمْوالَهُمْ» وذَكرَ تَمامَ الخَبرِ.

٣١٨٨٠ - وحدَّثني سَعِيدُ بْنُ نَصرٍ، قالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أُصْبغٍ، قالَ: حَدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثني أَبو بكْرٍ.

٣١٨٨٠م - وحدَّثني عَبْدُ الوارِثِ بْنُ سُفْيانَ، قالَ: حدَّثني قَاسِمٌ عنْ سُفْيانَ، قَالَ: حدَّثني بكيرُ بْنُ حمَّادٍ، قالَ: حدَّثني مُسددٌ، قالَ: حدَّثني أَبُو الأَحْوصِ، عَنْ سماكِ عَنْ عَلْقمةَ بْنِ وَائِلِ بْنِ حجرٍ الحضْرميِّ، عَنْ أَبِيهِ، قالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حضْرموت، ورَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقالَ الحضرميُّ: يَارَسُولَ اللَّهِ! إِنَّ هَذا غَلَبَني عَلى أَرْضٍ لِي كَانَتْ لأَبي، فقالَ الكِنديُّ: هِيَ أَرْضي فِي يَدي أَزْرَعُها لَيْسَ لَهُ فِيها حَقٌّ، فَقالَ النبيُّ ﷺ لِلْحضرميِّ: «أَلَكَ بيِّنةٌ؟» فَقالَ: لاَ قَالَ: «فَلَكَ يَمِينُهُ» ... وذَكرَ تَمامَ الحَديثِ[٣].

---

(١) في (ي، س) كثير، وهو تحريف والصواب ما أثبتناه.

(٢) في (ك): تستحق.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الأيمان، ح (٣٥١، ٣٥٢) باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار وأخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، ح (٣٢٤٥)، باب فيمن حلف يميناً ليقتطع بها =

٣١٨٨١ - وَلَيسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الآثارِ المُسْنَدَةِ مَا يَدُلُّ عَلى اعْتِبارِ الخلْطةِ .

٣١٨٨٢ - وَقالَ إِسْماعِيلُ : إِنَّما مَعْنى قَوْلِهِ عَليهِ السَّلامُ : « اليَمِينُ أَنَّهُ عَلى المدَّعى عَلَيهِ ، وَالبَيِّنَةُ عَلى المُدَّعِي » أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ قَولُ المدَّعِي فِيمَا يَدَّعِيهِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَأَنَّ المُدَّعى عَلَيهِ يُقْبَلُ قَوْلُهُ [مَعَ يَمِينِهِ][1] إِنْ لَمْ يقمْ عَلَيهِ بيِّنَة ؛ لأَنَّهُ أَرادَ بِذَلِكَ العُمُوم فِي كُلِّ مَنِ ادَّعي عَلَيهِ دَعْوى أَنَّ عَلَيهِ اليَمِينَ ، فَجاءَ - رَحمهُ اللَّهُ - بِعَينِ المحالِ ، وَإِلى اللَّهِ أَرْغبُ فِي السَّلامَةِ عَلى كُلِّ حالٍ .

٣١٨٨٣ - وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي حَدِيثِ وَائلِ بْنِ حجرٍ : « أَلَكَ بَيِّنَةٌ » ؟ فَفِيهِ أَنَّ الحَاكِمَ يَبْدأُ بِالمُدَّعِي ، فَيَسأَلُهُ : هَلْ لَكَ بِمَا تَدَّعِيهِ بيِّنةٌ ؟ وَلاَ يسأَلُ المدَّعى عَلَيهِ حَتَّى يسْمعَ مَا يقُولُ المُدَّعِي ، وَهَذا مَا لاَ يَخْتَلِفُونَ فِيهِ .

* * *

= مالاً لأحد (٣ : ٢٢١) ، وأعاده في الأقضية ، ح (٣٦٢٣) ، باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه (٣ : ٣١٢) والترمذي في الأحكام ، ح (١٣٤٠) ، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٣ : ٦١٦) ، والنسائي في القضاء (في سننه الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٩ : ٨٦) .

(١) سقط في (ي ، س) .

(٧) باب القضاء في شهادة الصبيان(*)

١٣٩٨ – مَالِكٌ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُروةَ ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقْضِي بِشَهادَةِ الصِّبْيانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ .

قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا ، أَنَّ شَهادَةَ الصِّبْيَانِ تَجُوزُ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ ، وَلاَ تَجُوزُ عَلَى غَيْرِهِمْ ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ وَحْدَهَا ، لاَ تَجُوزُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَفرَّقُوا ، أَوْ يُخَبَّبُوا أَوْ يُعَلَّمُوا ، فَإِنِ افْتَرَقُوا فَلاَ شَهَادَةَ لَهُمْ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونُوا قَدْ أَشْهَدُوا الْعُدُولَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ . قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقُوا[١] .

٣١٨٨٤ – وَذَكَرَ أَحْمَدُ بْنُ المعدلِ ، عَنْ عَبْدِ المَلِكِ ، قَالَ : لَمْ يَزَلْ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ قَدِيماً ، وَهُوَ مُجْتَمعٌ عَلَيهِ مِنْ رأْيِ أَصْحَابِنا فِي شَهادَةِ الصِّبْيَانِ أَنْ يُؤْخَذَ بِها ، مَا لَمْ يَتفرَّقُوا ، أَو يُخَبَّبوا .

٣١٨٨٥ – قَالَ عَبْدُ المَلِكِ : وَلاَ تَجُوزُ مِنْهُم (إِلاَّ)[٢] شهادَةُ اثْنَيْنِ ، فَصَاعِداً مِنَ الذُّكُورِ ، أَو غُلامٍ وَجَارِيَتَيْنِ .

٣١٨٨٦ – قالَ : وَلاَ تَكُونُ اليَمِينُ مَعَ شَهَادَةِ الصِّبْيَانِ ، وَإِنَّما اليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ ، وَلاَ يَجُوزُ مِنَ الصِّبْيَانِ وَاحِدٌ .

(*) **المسألة – ٦٧٥ –** من شروط الشاهد أهلية العقل والبلوغ ، فلا تجوز شهادة الصبيان ، وتجوز عند الإمام مالك في الجراح وفي القتل خلافاً للجمهور .

(١) الموطأ (٧٢٦) ، ورواية أبي مصعب (٢٩٢٦) وانظر **الأم** (٧ : ٨٨)

(٢) سقط في (**ي** ، **س**) .

٣١٨٨٧ - وَهَذَا كُلُّهُ قَوِلُ ابْنِ القَاسِمِ أَيضاً .

٣١٨٨٨ - **قال أبو عمر** : قَدْ ذَكَرْنا اخْتِلافَ أَصْحابِ مَالِكٍ فِي شَهادَةِ الجَوَارِي فِي الجراحِ ، وَشهادَةِ الصِّبْيَانِ العَبِيدِ فِي ذَلِكَ فِي كِتَابِ اخْتِلافِهم ، وَاخْتِلافِ قَولِ مَالِكٍ .

٣١٨٨٩ - وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ شَهادَةَ الصِّبْيَانِ الأَحْرارِ جَائِزَةٌ فِي الجِراحِ إِذَا لَمْ يَحْضُرْهم كَبِيرٌ ، فَإِنْ حَضَرَ مَعَهُم كَبِيرٌ لَمْ تَجُزْ شَهادَتُهم عِنْدَهُم ؛ لأَنَّهُ لا تَجُوزُ عِنْدَهُم شَهادَةُ الصِّبْيانِ حَيْثُ يَكُونُ الرِّجَالُ .

٣١٨٩٠ - وَقالَ ابْنُ حبيبٍ : لاَ نَعْلَمُ خِلافاً أَنَّ شَهادَةَ الصِّبْيانِ لاَ تَجُوزُ حَيْثُ (يَكُونُ الرِّجالُ)[١] الكِبَارُ العُدُولُ .

٣١٨٩١ - وَقالَهُ سَحنُونُ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ أَجَازَهَا .

٣١٨٩٢ - وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ : تَجُوزُ شهادَةُ الصِّبْيانِ فِي القَتْلِ وَالجِراحِ إِذَا كَانُوا ذُكُوراً قَبْلَ أَنْ يَتَفرَّقُوا .

٣١٨٩٣ - قَالَ سَحْنونُ : وَقالَ غيرُ وَاحِدٍ مِنْ كِبارِ أَصْحابِ مَالِكٍ : لاَ تَجُوزُ شَهادَتُهم فِي القَتْلِ ، وَإِنَّما تَجُوزُ فِي الجِرَاحِ.

٣١٨٩٤ - **قال أبو عمر** : اخْتُلِفَ عَنِ ابْنِ الزُّبيرِ فِي إِجَازَةِ شهادَةِ الصِّبْيانِ ، وَالأَصحُّ عَنْهُ أَنَّهُ كانَ يُجِيزُها إِذا جِيءَ بِهِمْ مِنْ حَالِ حُلُولِ المُصِيبَةِ وَنُزُولِ النَّازِلَةِ .

٣١٨٩٥ - وَأَمَّا ابْنُ عَبَّاسٍ ، فَلَمْ يُخْتَلَفْ عَنْهُ أَنَّهُ لَمْ يجزْها ، وَكَانَ لاَ يَراها شَيْئاً[٢] .

---

(١) في (ط) : يحضر .

(٢) الأم (٧ : ٨٩) وسنن البيهقي الكبرى (١٠ : ٦١) ، والمعرفة (١٩٩٢٦) .

٣١٨٩٦ - وروِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ كَانَ (يُجيزُ شَهادَةَ الصِّبْيانِ بَعْضِهم عَلَى بَعْضٍ)[١] إِذَا أَتوا فِي الحَالِ قَبْلَ أَنْ يعلمَهم أَهْلُوهم ، وَلاَ يجيزُها عَلى الرِّجالِ .

٣١٨٩٧ - وَالطُّرُقُ عَنْهُ بِذَلِكَ ضَعِيفَةٌ .

٣١٨٩٨ - وَهُوَ قَولُ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، وَعُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ ، وأَبي جَعْفَرٍ ؛ مُحمدِ ابْنِ عَلِيِّ بْنِ حسينٍ ، وَعَامِرٍ الشعبيِّ ، وَابْنِ أَبِي لَيلى ، وَابْنِ شِهابٍ الزهريِّ ، وَإِبْراهِيمَ النخعيِّ ؛ عَلى اخْتِلافٍ عَنْهُ ، [إِلاَّ][٢] أَنَّهُ لَيستِ الرِّوَايَاتُ عَنْهُم لم تَذْكُرْ جِرَاحاً وَلاَ غَيرها إِلاَّ أَجازتها فِيما بَيْنَهُم مُطْلَقَةً .

٣١٨٩٩ - وَقالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحابُهما ، وَابْنُ شبرمةَ ، وَالثوريُّ : لاَتَجُوزُ شَهادَةُ الصِّبْيَانِ فِي شَيْءٍ مِنَ الأَشْياءِ لاَفِي جِرَاحٍ ، وَلاَغَيرِها بِحالٍ ، وَإِنْ لَمْ يَتَفَرَّقُوا .

قَالُوا : وَإِنَّما أَمَرَ اللَّهُ - عَزَّ وجلَّ - بِشهادَةِ مَنْ يَرْضى ، وَكَيْفَ تُقْبلُ شَهادَةُ مَنْ إِذا فَارقَ مَكانهُ لَمْ يُؤْمَنْ عَلَيهِ أَنْ يُعَلَّمَ وَيُخَبَّبَ ؟ [وَمَن لا يَرضى اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الشَّهادَةِ][٣] .

فَإِنْ قِيلَ : إِنَّ ابْنَ الزُّبَيرِ أَجازَها ، قِيلَ لَهُ : ابْنُ عَبَّاسٍ رَدَّها ، والقرآنُ يَدُلُّ عَلى إِبْطَالِها .

٣١٩٠٠ - **قال أبو عمر** : مِنْ حُجَّةِ مَنْ لَمْ يجزْها ، وَلَمْ يَرَها شَيْئاً ظَاهِرُ قَولِ

---

(١) في (ي ، س) : يجيزها .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

اللهِ - عزَّ وجلَّ : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنكُم ﴾ [الطلاق : ٢] ، وَقَوْلُهُ تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُم ﴾ [البقرة : ٢٨٢] ثُمَّ قالَ تعالى : ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] والصَّبِيُّ لَيسَ بِعَدلٍ ، وَلاَ رضيٌّ .

وَقالَ عزَّ وجلَّ فِي الشَّهادَةِ : ﴿ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] ، وَلَيسَ الصَّبِيُّ كَذَلِكَ ؟ لأَنَّهُ غَيرُ مُكَلَّفٍ ، فَدلَّ عَلى أَنَّهُ لَيسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ بِنَصِّ القُرآنِ ، وَاللَّهُ المُسْتَعانُ .

٣١٩٠٠م - ذكرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، قالَ : أخبرنا ابْنُ جُرَيجٍ ، قالَ : أَخبرني عَبْدُ اللَّهِ ابنُ أبي مُلَيْكَةَ أَنَّهُ أَرْسلَ إلى ابنِ عَبَّاسٍ وَهُوَ قَاضٍ لابْنِ الزُّبَيْرِ يَسْأَلُهُ عَنْ شَهادَةِ الصِّبيانِ ، فَقَالَ : لاَ أرى أَنْ تَجُوزَ شهادَتُهم إِنَّما أَمَرَ اللَّهُ تَعالى مِمَّنْ يرضى ، وَالصَّبِيُّ لَيْسَ بِرَضِيٍ[١] .

٣١٩٠١ - قالَ : وَأَخبرنا مَعمرٌ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنِ ابْنِ أَبي مُلَيْكَةَ أَنَّهُ كَانَ قَاضِياً لاِبْنِ الزُّبَيْرِ ، فَأَرْسلَ إِلى ابنِ عَبَّاسٍ يَسأَلُهُ عَنْ شَهادَةِ الصِّبْيَانِ ؟ فَلَمْ يُجِزْها ، وَلَمْ يَرَها شَيْئاً[٢] .

٣١٩٠٢ - قَالَ مَعمرٌ ؛ وَسَمِعْتُ مَنْ يَقُولُ : تُكْتَبُ شَهادَتُهم ، ثُمَّ تقرُّ حتَّى يَكْبَرَ الصَّبِيُّ ، ثُمَّ يُوقَفُ عَلَيها ، فَإِنْ حَفِظَها جازَتْ[٣] .

٣١٩٠٣ - قَالَ : وَأَخبرنا ابْنُ جُرَيجٍ ، قالَ : زَعَمَ إِسْماعِيلُ بْنُ مُحمدٍ ،

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٨ : ٣٤٨) ، وسنن البيهقي (١٠ : ١٦١) .

(٢) مصنف عبد الرزاق (٨ : ٣٤٩) ، الأثر (١٥٤٩٥) .

(٣) الموضع السابق .

وَيَعْقُوبُ بْنُ عُتبةَ ، وَصَالحٌ أَنْ لَيْسَ لَمِن لَمْ يَبْلُغِ الحلمَ شهادة .

٣١٩٠٤ - وَهُوَ قَولُ شُرَيحٍ القَاضِي ، وَالشعبيُّ ، وَابْنِ أبي لَيلى ، عَلى اخْتِلافٍ عَنْهُم فِي ذَلِكَ .

٣١٩٠٥ - وَقَولُ القَاسِمِ ، وَسالِمٍ ، وَمَكْحولٍ ، وَعَطاءٍ ، وَالحَسَنِ .

٣١٩٠٦ - وَبِهِ قَالَ أَحْمدُ ، وَإِسْحاقُ ، وَأَبُو عُبيدٍ ، وَأَبو ثَورٍ ، وَاللَّهُ الْمُوَفِّقُ .

* * * *

(٨) باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ(*)

١٣٩٩ – مَالِكٌ ، عَنْ هاشم بن هاشم[١] بْنِ عُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نِسْطَاسٍ ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الأَنْصَارِيِّ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي آثِماً تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ »[٢].

٣١٩٠٧ – وَهكَذا قَالَ مَالِكٌ : هَاشِمُ بْنُ هاشمٍ ، وَهُوَ : هَاشِمُ بْنُ هَاشِمِ بْنِ هاشمِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ أَبي وَقَّاصٍ الزُّهري ، روى عَنْهُ (مَالِكٌ)[٣] أَبُو ضمرةَ – أَنَسُ بْنُ عياضٍ – وَمكيُّ بْنُ إِبْراهيمَ ، وشجاعُ بْنُ الوَليدِ أَبُو بدر السكوني .

٣١٩٠٨ – وَقَدْ قِيلَ : إِنَّ هَاشِمَ بْنَ هَاشِمٍ الَّذِي روى عَنْهُ مَالِكٌ ، هُوَ أَبُو هَاشِمِ ابْنُ هاشمٍ .

(*) **المسألة – ٦٧٦ –** في هذه المسألة الوعيد الشديد لمن حلف يميناً ليتقطع بها حق المسلم ، وهذه العقوبة لمن اقتطع حق المسلم ومات قبل التوبة ، أما من تاب فندم على فعله ورد الحق إلى صاحبه وتحلل منه وعزم على أن لا يعود فقد سقط عنه الإثم والله أعلم .

وفي هذا دلالة لمذهب مالك والشافعي وأحمد والجمهور أن حكم الحاكم لا يبيح للإنسان ما لم يكن له ، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وفيه بيان غلظ تحريم حقوق المسلمين وأنه لا فرق بين قليل الحق وكثيره لقوله ﷺ : وإن قضيب من أراك .

(١) في الموطأ المطبوع براوية يحيى : هشام بن هشام ، وفي كل النسخ الخطية ، ونسخة أبي مصعب **والتمهيد** ما أثبتناه .

(٢) الموطأ : ٧٢٧ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٢٨) ، وعنه الشافعي في **الأم** (٧ : ٣٦) المسند (٢ : ٧٣) وأبو داود في الأيمان والنذور ، ح (٣٢٤٦) ، باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منبر النبي ﷺ (٣ : ٢٢١ – ٢٢٢) وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٢٥) ، باب اليمين عند مقاطع الحقوق (٢ : ٧٧٩) ، وانظره في معرفة السنن (٢٠٠٣٤) ، والسنن الكبرى للبيهقي (١٠ : ١٧٦) ومستدرك الحاكم (٤ : ٣٩٦) وصححه ، ووافقه الذهبي ، وقد تقدم في المجلد الخامس عشر ، الفقرة (٢١٠١٣) .

(٣) سقط في (ك ، ط) ، ثابت في (ي ، س) .

٣١٩٠٩ - وَقَدْ جَعَلَهُمَا أَبُو حَاتِمٍ الرازيُّ وَاحِداً ، فَقَالَ : « هَاشِمُ بْنُ هَاشِمِ بْنِ هَاشِمِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ الزهريُّ[١] ، رَوَى عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَعَامِرِ بْنِ سَعْدٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ نسطاس روى عَنْهُ مَالِكٌ ، والدَّرَاوَرْدِيُّ ، وَأَنَسُ بْنُ عِيَاضٍ ، وَمَروانُ الفزاريُّ ، وَمكيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ » .

٣١٩١٠ - وَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ نِسْطَاسٍ ، فهذليٌّ تَابِعِيٌّ ثِقَةٌ .

٣١٩١١ - قَالَ مُصْعَبٌ : كَانَ أَبُوهُ - نسطاسُ - مَولى أُبَيِّ بْنِ خلفٍ ، أَدْرَكَ الجَاهِلِيَّةَ[٢] .

٣١٩١٢ - وَقَالَ ابْنُ بكيرٍ والقعنبيُّ ، وَابْنُ القَاسِمِ ، وَطَائِفَةٌ فِي هَذا الحَدِيثِ : « مَنْ حَلفَ عَلى مِنْبَرِي هَذا ، فَاليَمِينُ آثِمَةٌ » .

٣١٩١٣ - وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ ، وَهُوَ اشْتِرَاطُ الإِثْمِ فِي الوَعِيدِ دُونَ (البرِّ)[٣] .

---

(١) اضطربت عبارة الأصل في هذا الموضع كثيراً .

قال ابن حجر في تهذيب التهذيب (١١ : ٢٠) : « هاشم بن هاشم بن عتبة بن أبي وقاص الزهري المدني - ويقال : « هاشم بن هاشم بن هاشم ، وهو أصح ؛ لأن هاشم بن عتبة قتل بصفين سنة سبع وثلاثين فيبعد أن يكون صاحب الترجمة ابنه لبعد ما بين وفاتيهما - روى عن .. ، وعنه مالك ، و .. ، وأبو ضمرة ، وشجاع بن الوليد .. » . ثم قال : « وقال ابن سعد في الطبقة الخامسة من أهل المدينة هاشم بن هاشم بن عتبة أمه أم ولد ، فولد هاشم بن هاشم هاشماً وأمه أم عمرو بنت سعد .. ، وروى عنه ابن نمير ، وأبو ضمرة . انتهى - يعني كلام ابن سعد - » ، ثم رجح ابن حجر أن يكون الراوي هو هاشم بن هاشم بن هاشم قلت : « وقد ينسب الراوي إلى جده لأبيه فيقال في صاحب الترجمة مثلاً هاشم بن هاشم ، والمراد هاشم بن هاشم بن هاشم .

(٢) عزا الحافظ بن حجر هذا القول لابن الحذاء في رجال الموطأ ، ثم قال : « والذي يظهر أن نسطاساً والد عبد الله غير مولى أبي بن خلف » انظر تهذيب التهذيب (٦ : ٥٦) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

٣١٩١٤ - وَمَذْهَبُنا فِي الوَعِيدِ كُلِّهِ : ﴿ إِنَّ اللَّهَ لاَ يغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ ﴾ [النساء : ٤٨] .

٣١٩١٥ - وَمِثْلُ هَذا فِي الوَعِيدِ حَدِيثُ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ أيضاً .

١٤٠٠ - عَنِ العَلاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ ، عَنْ معبَدِ بْنِ كَعْبِ السَّلَمِيِّ ، عَنْ أَخِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ الأَنْصارِيِّ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ ، وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ . » قَالُوا : وَإِنْ كَانَ شَيْئاً يَسِيراً يَارَسُولَ اللَّهِ ؟ قَالَ : « وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ . وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ ، وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ » قَالَهَا ثَلاثَ مَرَّاتٍ(١) .

٣١٩١٦ - وَهَذا أيضاً وَعِيدٌ شَدِيدٌ عَامٌّ يَدْخُلُ فِيهِ اقْتِطاعُ الحقُوقِ عِنْدَ مِنبرِ النبيِّ ﷺ ، وَغَيرِ مِنبرِهِ .

٣١٩١٧ - قَالَ مَالِكٌ - رحمه اللهُ : « عَلى مِنْبَرِي » ؟ يُرِيدُ عِنْدَ مِنبَرِي .

٣١٩١٨ - **قال أبو عمر** : قَولُهُ ﷺ : [« مَنْ حَلفَ عَلى مِنْبَرِي »](٢) تَخْصِيصٌ مِنْهُ لِمنبرِهِ ﷺ بِذَلِكَ الوَعِيدِ الشَّدِيدِ ، وفصل لَهُ ، ثُمَّ عَمَّمَ ﷺ مَا فِي اقْتِطاعِ المَرْءِ المُسْلِمِ بِالوَعِيدِ أيضاً - عَصَمَنَا اللَّهُ ، وَوَفَّقنا لِمَا يَرْضاهُ .

---

(١) الموطأ : ٧٢٧ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٢٩) ، وأيضاً رواه البخاري في الشهادات ، ح (٢٦٧٣) ، باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين (٥ : ٢٨٤) من فتح الباري ، ومسلم في كتاب الأيمان ، ح (٣٤٦ ، ٣٤٧) ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم (١ : ٨١١ ، ٨١٢) من تحقيقنا ، وأخرجه النسائي في القضاء (في الكبرى) على ما في تحفة الأشراف (٢ : ٨) . وأخرجه ابن ماجه في الأحكام ح (٢٣٢٤) ، باب مِنْ حلف على يمين فاجرة ليقتطع بها مالاً (٢ : ٧٧٩) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

٣١٩١٩ - وَقَدْ رَوى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ[(١)] ، والأشْعثُ بْنُ قَيْسٍ[(٢)] ، عَنِ النبيِّ ﷺ مِثْلَ هَذا المَعْنى فِي اقْتِطاعِ مَالِ المُسْلِمِ وَلَمْ يَذْكُرْ مِنبرَ النبيِّ ﷺ ، ولاَ غَيْرَهُ .

٣١٩٢٠ - وَحَدَّثني سَعِيدٌ ، وَعَبْدُ الوَارِثِ ، قالاَ : حدَّثني قَاسِمٌ ، قالَ : حدَّثني ابنُ وَضَّاحٍ ، قالَ : حدَّثني أبو بكرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ ، قالَ : حدَّثني وَكِيعٌ ، قالَ : حدَّثني الأعْمشُ ، عَنْ أبي وَائِلٍ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ ، قالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ حَلفَ عَلى يَمِينٍ صَبْرٍ يقْتَطعُ بِهـا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، وَهُوَ فِيها كَاذِبٌ ، لقي اللَّهَ تعالى ، وَهُوَ عَلَيهِ غَضْبانٌ »

٣١٩٢١ - قَالَ : فَدخَلَ الأشْعَثُ بْنُ قَيْسٍ ، فَقَالَ : مَا يُحدِّثُكُم أَبُو عَبْدِ الرَّحمنِ ؟ قُلْنا : كَذَا وكَذا ، قالَ : (صَدَقَ)[(٣)] فيَّ نَزَلَتْ ، كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ

---

(١) عن عبد الله قال : قال : رسول الله ﷺ : « من حلف على يمين وهو فيها فاجر ، لقي الله وهو عليه غضبان » فقال الأشعث : في والله كان ذلك ، كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجحدني ، فقدمته إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ : « ألك بينة ؟ » قلت : لا . قال لليهودي : « احلف » . قال : قلت : يا رسول الله ، إذا يحلف فيذهب بمالي ، فأنزل الله ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً ﴾ إلى آخر الآية .

أخرجه أحمد ٣٧٩/١ و ٤٢٦ و ٢١١/٥ ، والبخاري (٢٤١٦) و (٢٤١٧) في الخصومات : باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، و (٢٦٦٦) و (٢٦٦٧) في الشهادات : باب سؤال الحاكم المدعي هل لك بينة ؟ قبل اليمين ، وأبو داود (٣٢٤٣) في الأيمان والنذور : باب ما جاء فيمن حلف يميناً ليقتطع بها مالاً لأحد ، والترمذي (١٢٦٩) في البيوع : باب ماجاء في اليمين الفاجرة يقتطع بها مال المسلم ، وابن ماجه (٢٣٢٣) في الأحكام : باب من حلف على يمين فاجرة ليقتطع بها مالاً ، والبيهقي ١٧٩/١٠ - ١٨٠ .

(٢) عن الأشعث بن قيس ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من حلف على يمين صبر ليقتطع بها مال امرئ مسلم ، وهو فيها فاجر ، لقي الله أجذم » .

أخرجه أحمد ٢١٢/٥ و ٢١٢ - ٢١٣ ، وأبو داود (٣٢٤٤) في الأيمان والنذور : باب فيمن حلف يميناً ليقتطع بها مالاً لأحد ، والدولابي في « الكنى والأسماء » ٨٧/١ ، والطبراني (٦٣٧) ، والبيهقي ١٨٠/١٠ ، والحاكم ٢٩٥/٤ وصححه ووافقه الذهبي .

(٣) سقط في (ي ، س) .

رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِي أَرْضٍ ، فَخَاصَمْتُهُ إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « بَيِّنَتُكَ » فَلَمْ تكُنْ لي بَيِّنَةٌ ، فَقَالَ لَهُ : « احلِفْ » قُلْتُ : إِذَنْ يَحْلِفُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِنْدَ ذَلِكَ : مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينِ صَبْرٍ[1] لِيَقْتَطِعَ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، وَهُوَ فِيهَا فَاجِرٌ ، لقيَ اللَّهَ ، وَهُوَ عَلَيهِ غَضْبَان ، فَنَزَلَتْ : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِم ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ ﴾ الآيَة[آل عمران : ٧٧] وَرَوَاهُ مَنْصُورٌ ، عَنْ أَبِي وَائِلٍ [مثله][2] بِمَعْنَاهُ[3] .

* * * *

(١) (يمين صَبْرٍ) : هي التي يحبس الحالف نفسه عليها .

(٢) زيادة في (ط) .

(٣) مصنف أبي شيبة (٧ : ١) وأخرجه الإمام أحمد ٤٤/١ و ٢١١/٥ - ٢١٢ و ٢١٣ ، والطيالسي (١٠٥٠) ، والبخاري (٢٣٥٦) و (٢٣٥٧) في الشرب والمساقاة : باب الخصومة في البئر والقضاء فيها ، و (٢٦٧٣) في الشهادات : باب يحلف المدعى عليه حينما وجبت عليه اليمين .. ، و (٢٦٧٦) و (٢٦٧٧) في الشهادات : باب قول الله : ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً ﴾ ، و (٤٥٤٩) و (٤٥٥٠) في التفسير : باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله ثمناً قليلاً ﴾ ، و (٦٦٥٩) و (٦٦٦٠) في الأيمان والنذور : باب عهد الله عز وجل ، و (٦٦٧٦) و (٦٦٧٧) باب قول الله تعالى : ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله ﴾ ، و (٧١٨٣) و (٧١٨٤) في الأحكام : باب الحكم في البئر ونحوها ، ومسلم (١٣٨) (٢٢٠) في الأيمان : باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ، وابن ماجه (٢٣٢٣) في الأحكام : باب من حلف على يمين فاجرة ليقتطع بها مالاً والطبري (٧٢٧٩) ، والواحدي في « أسباب النزول » ص ٧٢ و ٧٣ والبيهقي ٤٤/١٠ و ١٧٨ و ٢٥٣ من طرق عن سليمان الأعمش ، بهذا الإسناد .

(٩) باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر(*)

١٤٠١ – مَالِكٌ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ ؛ أَنَّهُ سَمعَ أَبَا غطفَانَ بْنَ طَرِيفٍ الْمُرِيَّ يَقُولُ : اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ الأَنْصَارِيُّ وَابْنُ مُطِيعٍ فِي دَارٍ كَانَتْ بَيْنَهُمَا ، إِلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحكَمِ ، وَهُوَ أَمِيرٌ عَلَى الْمَدِينَةِ ، فَقَضَى مَرْوَانُ عَلَى زيدِ بْنِ ثابتٍ بِالْيَمِينِ عَلَى المِنْبَرِ . فقالَ زيدُ بْنُ ثَابِتٍ : أحلفُ لَهُ مكَانِي . قَالَ فَقَالَ مروانُ : لاَ وَاللَّهِ إلا عِنْدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ ، قَالَ فَجَعَلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَحْلِفُ أَنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ ، وَيَأْبَى أَنْ يَحْلِفَ عَلَى الْمِنْبَرِ ، قَالَ فَجَعَلَ مَرْوَانُ بْنُ الْحكَمِ يَعْجَبُ مِنْ ذلِكَ .

قَالَ مَالِكٌ : لاَ أَرَى أَنْ يُحَلَّفَ أَحَدٌ عَلَى الْمِنبَرِ ، عَلَى أَقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ . وَذلِكَ ثَلاَثَةُ دَرَاهِمَ(١) .

٣١٩٢٢ – **قال أبو عمر** : جُمْلَةُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ أَنَّ اليَمِينَ لاَ تكُونُ عِنْدَ المِنْبَرِ مِنْ كُلِّ جَامِعٍ ، ولاَ فِي الجَامعِ حَيْثُ كَانَ إِلاَّ فِي رُبْعِ دِينارٍ – ثَلاثَة دَرَاهِمَ فَصَاعِداً ، أو فِي عرضٍ يُساوِي ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ ، وَمَا كانَ دُونَ ذَلِكَ حَلفَ فِيهِ فِي مَجْلِسِ الحَاكِمِ ، أو حَيْثُ شَاءَ مِنَ المَوَاضعِ فِي السُّوقِ ، وَغَيرِها .

٣١٩٢٣ – قالَ مَالِكٌ : يَحْلفُ المُسْلِمُ فِي القسَامَةِ ، وَاللِّعانِ ، وَفِيما لَهُ بالٌ مِنَ

(*) **المسألة – ٦٧٧** – تندرج هذه المسألة تحت تعظيم اليمين عموماً وخاصة إذا حلفت عند منبر النبي ﷺ ، والتحذير من الحلف الكاذب وأنه من الكبائر .

(١) الموطأ : ٧٢٨ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٣٠) قال الشافعي : اليمين على المنبر مما لا اختلاف فيه عندنا في قديم أو حديث ، وذهب إلى أنه لا يحلف في أقل من عشرين ديناراً فصاعداً .

الحقُوقِ على رُبعِ دِينارٍ ، فَصاعِداً فِي جَامعِ بَلَدِهِ فِي أَعْظَمِ مَوَاضِعِهِ ، وَلَيس عَلَيهِ التَّوَجُّهُ إِلى القِبْلَةِ .

٣١٩٢٤ - هذهِ رِوَايَةُ ابْنِ القَاسِمِ .

٣١٩٢٥ - وَروى ابْنُ الماجشونِ ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَحلفُ قَائِماً مُسْتَقْبلَ القِبْلَةِ .

٣١٩٢٦ - قَالَ : وَلاَ يَعْرِفُ مَالِكٌ اليَمِينَ عِنْدَ الْمِنبرِ إِلاَّ مِنْبَرَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَط ، يحْلفُ عِنْدَهُ فِي رُبعِ دِينارٍ ، فَأَكْثَرَ .

٣١٩٢٧ - قَالَ مَالِكٌ : وَمَنْ أَبى أَنْ يَحْلِفَ على المِنْبَرِ ، فَهُوَ كَالنَّاكِلِ عَنِ اليَمِينِ ، وَيحْلفُ فِي أَيْمانِ القَسَامَةِ عِنْدَ مَالِكٍ إِلى مَكَّةَ كُلّ مَنْ كَانَ مِنْ عَمَلِها ، فَيحْلفُ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالمقامِ [وَيحْلفُ فِي ذَلِكَ إِلى المَدِينةِ مَنْ كانَ مِنْ عَمَلِها ، فَيحْلفُ عِنْدَ المنْبَرِ][1] .

٣١٩٢٨ - وَمَذْهَبُ الشَّافعيُّ فِي اليَمِينِ بَيْنَ[2] الرُّكْنِ وَالمقامِ بِمكَّةَ ، وَعِنْدَ مِنبرِ النبيُّ - عَليهِ السَّلامُ - بِالمَدِينَةِ نَحو مَذْهَبِ مَالِكٍ ، إِلاَّ أَنَّ الشَّافعيَّ لاَ يرى اليَمِينَ عِنْدَ المِنْبَرِ بِالمَدِينةِ ، وَلاَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالمقامِ بمكَّةَ ، إِلاَّ فِي عِشْرِينَ دِيناراً ، فَصَاعِداً[3] .

٣١٩٢٩ - وَذكرَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَالِمٍ القداحِ ، [عَنِ ابْنِ جُريجٍ][4] ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، قالَ : أَبصرَ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوفٍ قَوماً يَحْلفُونَ بَيْنَ المقامِ ، وَالبَيْتِ ، فَقَالَ : أَعَلَى دَمٍ ؟ قيلَ : لاَ ، فَقَالَ : على عظيم مِنَ الأَموال ؟ قالوا : لاَ ، قَالَ : لَقَدْ

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) في (ي ، س) : عند .

(٣) الأم (٧ : ٣٦ - ٣٧) باب « الخلاف في اليمين على المنبر » .

(٤) سقط في (ي ، س) .

خَشيتُ أَنْ يتهاوَنَ النَّاسُ بِهذا المقامِ .

٣١٩٣٠ - هكَذا رَواهُ الحَسَنُ بْنُ مُحمدِ الزعفرانيُّ ، عَنِ الشَّافعيِّ « يتهاوَنُ النَّاسُ » .

٣١٩٣١ - ورَواهُ المزنيُّ ، والرَّبيعُ فِي كِتابِ اليَمينِ مَعَ الشَّاهِدِ ، فَقالاَ فِيهِ : لَقَدْ خَشيتُ أَنْ يَبْهَأَ النَّاسُ بِهذا المقامِ[1] ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عِنْدَهُم .

٣١٩٣٢ - وَمَعْنى يَبْهأُ يأْنسُ النَّاسُ بِهِ ، يُقالُ : بَهأْتُ به ، أَيْ أَنِسْتُ بِهِ[2] .

٣١٩٣٣ - قالَ : وَمِنْبَرُ النبيِّ - عليه السلام - فِي التَّعْظِيمِ مِثْلُ ذَلِكَ ؛ لِمَا وَرَدَ فِيهِ مِنَ الوَعِيدِ عَلى مَنْ حَلفَ عِنْدَهُ بِيَمِينٍ كَاذِبَةٍ تَعْظِيماً لَهُ .

٣١٩٣٤ - قالَ الشَّافعيُّ : وَبَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ حَلفَ عِنْدَ المِنبَرِ فِي خصُومةٍ كَانَتْ بيْنَهُ وَبَيْنَ رَجُل وأَنَّ عُثْمانَ ردّت عَليهِ اليَمين عَلى المِنْبَرِ ، فَافْتدى مِنْها ، وَقالَ : أخافُ أَنْ يوافِقَ قَدَرٌ بلاء ، فَيُقالُ بِيَمِينِهِ[3] .

٣١٩٣٥ - قالَ الشَّافعيُّ : وَاليَمِينُ عَلى المِنْبَرِ مَا لاَ خِلافَ فِيهِ عِنْدَنا بِالمَدِينَةِ وَمَكَّةَ فِي قَدِيمٍ ، ولاَ حَدِيثٍ .

٣١٩٣٦ - **قال أبو عمر** : اليَمِينُ عِنْدَ المِنبَرِ مَذْهَبُ الشَّافعيِّ ، وأَصْحابِهِ فِي كُلِّ

---

(١) انظر الخبر في سنن البيهقي الكبرى (١٠ : ١٧٦) ومعرفة السنن (١٤ : ٣٠١) النص رقم (٢٠٠٤٥) .

(٢) معناه أنهم أنسوا به حتى قلت هيبته في قلوبهم ومنه أيضاً حديث ميمون بن مهران أنه كتب إلى يونس بن عبيد « عليك بكتاب الله فإنَّ الناس قد بَهِئُوا به ، واستخفوا عليه أحاديث الرجال » .
اللسان (م . بهأ) ص (٣٦٧) ط . دار المعارف .

(٣) **الأم** (٧ : ٣٦) ، ومعرفة السنن (٢٠٠٤٢ ، ٢٠٠٤٣) ، والسنن الكبرى للبيهقي (١٠ : ١٧٧) .

البلدَانِ - قِياساً على العَملِ مِنَ الخَلفِ وَالسَّلَفِ بِالمَدِينَةِ عِنْدَ مِنبَرِ النبيِّ ﷺ .

٣١٩٣٧ - قـالَ الشَّافـعيُّ(١) : وَقَـدْ عَـابَ قَـولَنا هَذا عَـائِبٌ تركَ فِيـهِ [مـوْضعَ حَجَّتِنا](٢) ؛ لِسنَّةِ رَسُـولِ اللَّهِ ﷺ ، وَالآثارِ بَعْـدَهُ عَنْ أَصْـحَـابِهِ ، وَزعمَ أَنْ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ كَـانَ لا يرى اليَمِينَ عَلى المِنْبَرِ ، وَإِنَّا روينا ذَلِكَ عَنْهُ ، وَخَـالَفْنَاهُ إِلى قَولِ مَـرْوَانَ [ابن الحكم](٣) بِغَيرِ حُجَّةٍ .

قـالَ : وَهَذا مَـرْوَانُ يَقُـولُ لِزَيْـدٍ - وَهُوَ عِنْدَهُ أَحْظى أَهْلِ زَمَـانِهِ وَأَرْفَـعُـهم لَديهِ مَنْزِلَةً - : « لاَ وَاللَّهِ ، إلا عِنْدَ مَقاطعِ الحقُوقِ » .

قالَ : فَما منعَ زَيد بن ثَابتٍ ، لَو يعلَمُ أَنَّ اليَـمِينَ عَلى المِنْبرِ حقّ أن يَقُولَ لِمرْوَانَ مَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ هَذا وقَـدْ قَالَ لَهُ : أَتُحِلُّ الـرِّبا يا مَرْوَانُ ؟ فَـقالَ مَـرْوَانُ : أَعُوذُ بِاللَّهِ ، وَمَـا هذا ؟ [فَقَالَ :](٤) فالنَّاسُ يَتَبَايَعُونَ الصُّكُوكَ قَبْلَ أَنْ يَقْـبِضُوها . فَبَعَثَ مَرْوَانُ الحَرسَ يَنْتَزِعُـونها مِنْ أَيْدِي النَّاسِ ، فَإِذا كَانَ مَـرْوَانُ لاَ يُنكرُ عَلى زَيْدٍ هَذا ، فكَيْفَ يُنكِرُ عَلى نَفْسِهِ أَنْ يلْزِمَـهُ اليَمِينَ عَلى المِنْبَرِ ؟! لَقَدْ كَـانَ زَيْدٌ مِنْ أَعْظَمِ أَهْلِ المَدِينَةِ فِي عَينِ مَرْوَانَ ، وَآثرِهِم عِنْدَهُ ، ولَكِنَّ زَيْدًا عَلمَ أَنَّ مَـا قضَـى بِهِ مَرْوَانُ حَقٌّ ، وَكَـرِهَ أَنْ تَصبْـرَ يَمِينُهُ عِنْدَ المِنْبَرِ .

٣١٩٣٨ - قـالَ الشَّافـعيُّ : وَهذا الأَمْرُ الَّذِي لاَ اخْـتِلافَ فِيـهِ عِنْدَنا وَالَّذِي نقلَ الحَديثَ فِيهِ كأَنَّهُ تكلفَ لاِجْتِمـاعِنا عَلى اليَمِينِ عِنْدَ المِنْبَرِ [لَقَدْ كَانَ زَيْدٌ مِنْ أَعْظَمِ أَهْلِ

---

(١) في الأم (٧ : ٣٧) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) زيادة في (ط) .

(٤) زيادة متعينة .

المَدِينَةِ .. ، ثُمَّ ذكرَ أحاديثَ عَنِ السَّلفِ مِنَ الصَّحابَةِ فِي اليَمِينِ عِنْدَ المِنْبَرِ] مِنْها الحَدِيثُ عَنِ المُهاجِرِ بْنِ أبي أُمَيَّةَ ، قَالَ : كَتَبَ إليَّ أبو بكرٍ رضي اللَّهُ عنهُ أنِ ابْعَثْ إليَّ بِقَيْسِ بْنِ مكشوحٍ فِي وثاقٍ ، فَبَعَثْتُ إليه بِهِ فَجعلَ قَيْسٌ يَحْلِفُ مَا قتلَ دَاذويه[١] ، فَأَحْلَفَهُ أَبُو بكرٍ خَمْسِينَ يَميناً عِنْدَ مِنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ باللَّهِ مَا قَتَلَهُ ، ولاَ علمَ لَهُ قَاتِلاً ، ثُمَّ عَفَا عَنْهُ[٢] .

٣١٩٣٩ - **قال أبو عمر** : وأَمَّا اخْتِلافُ الفُقَهاءِ فِي اليَمِينِ عِنْدَ المِنْبَرِ بِالمَدِينَةِ ، وَغَيرِها مِنَ البلْدَانِ ، وبِمكَّةَ بيْنَ الرُّكْنِ والمقامِ ، فَقَدْ ذَكَرْنا عَنْ مَالِكٍ ، والشَّافعيِّ فِي ذَلِكَ مَا بانَ بِهِ مَا ذَهَبا إليه هُما ، وأَصْحابُهما .

٣١٩٤٠ - وقَالَ ابنُ أبي أُويسٍ : قالَ مَالِكٌ فِي الأَيْمانِ الَّتِي تكُونُ بَيْنَ النَّاسِ فِي الدِّماءِ ، واللّعانِ ، والحقُوقِ : لاَ يحلفُ [فِيها عِنْدَ مِنْبَرٍ][٣] إلاَّ عِنْدَ مِنْبَرِ النَّبيِّ ﷺ فِي القَسامَةِ فِي الدِّماءِ ، واللّعانِ ، [والحقُوقِ][٤] فِيما بلغَ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ مِنَ الحقُوقِ ، وأَمَّا سَائِرُ المَسَاجِدِ ، فَإِنَّهُم يحلِفُونَ فِيها ، ولاَ يحلفُونَ عِنْدَ مَنابِرِها .

٣١٩٤١ - وأَمَّا أبُو حَنِيفَةَ ، فَذكرَ الجوزجانيُّ ، وَغَيرُهُ ، عَنْ أبي حَنِيفَةَ ، وأبي يُوسُفَ ، ومُحمدٍ ، قالُوا : لاَ يجبُ[٥] الاسْتِحلافُ عِنْدَ مِنْبَرٍ ﷺ على أَحَدٍ ، ولاَ بَيْن

---

(١) عامل النبي ﷺ على اليمن - انظر تاريخ الطبري (٣ : ٣٢٩) .

(٢) الخبر فى معرفة السنن (٢٠٠٣٨ ، ٢٠٠٣٩) ، وسنن البيهقي الكبرى (١٠ : ١٧٦) ، وانظر تاريخ الطبري (٣ : ٣٢٩) .

(٣) سقط في (ط) .

(٤) سقط في (ك) .

(٥) في (ي ، س) : يجوز .

الرُّكْنِ وَالمقامِ عَلى أَحَدٍ فِي قَليلِ الأشْياءِ ، وَلاَ كثِيرِها ، وَلاَ فِي الدِّماءِ ، وَلاَ فِي غَيْرِها ، وَلكِنَّ الحُكَّامَ يُحَلِّفُونَ من وَجَبتْ عَلَيهِ اليَمِينُ فِي مَجَالِسِهِم .

* * * *

(١٠) باب ما لا يجوز من غلق الرهن (*)

١٤٠٢ – مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ »(١) .

٣١٩٤٢ – قَالَ مَالِكٌ : وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ ، فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ ، وَفِي الرهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ بِهِ ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ : إِنْ جِئْتُكَ بِحَقكَ إِلَى أَجَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ وَإِلاَّ فَالرَّهْنُ لَكَ بِمَا رُهِنَ فِيهِ .

(*) المسألة – ٦٧٨ – قال الحنفية : إن المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين فإن كانت القيمة أقل من الدين فهو مضمون بالقيمة وسقط من الدين بقدرها ورجع المرتهن بالفضل الزائد على الراهن ، وإن تساوى الدين وقيمة المرهون ، صار المرتهن مستوفياً دينه حكماً لتعلق قيمة الرهن بذمته ، وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين ، فالفضل الزائد أمانة في يد المرتهن لا يضمن ما لم يتعد عليه ، أو يقصر في حفظه .

وقال الجمهور : لا يضمن الرهن إذا هلك بلا تعد ولا تقصير وهو في يد المرتهن ، وإنما يضمن بالتعدي أو التقصير ، ولا يسقط شيء من الدين بتلف المرهون .

وقد اتفقت المذاهب على وجوب ضمان الرهن باستهلاكه ، على أن قيمة الضمان تحل محل المرهون ، واختلفوا في جزئيات مثل تحديد الخصم الذى يطالب بالضمان ، وتعيين وقت تقدير القيمة .

وانظر في هذه المسألة : مغني المحتاج (٢ : ١٣٦ ، ١٣٨) ، المغني (٤ : ٣٩٦) ، كشاف القناع (٣ : ٣٢٨) ، الشرح الكبير (٣ : ٢٤٤ ، ٢٥٣) ، بدائع الصنائع (٦ : ١٦٣) ، تبيين الحقائق (٦ : ٨٧) اللباب (٢ : ٦٠) .

(١) الموطأ : ٧٢٨ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٥٧) ورواه الشافعي في مسنده (٢ : ١٦٤) ، وفي الأم (٣ : ١٦٧) باب « ضمان الرهن » ، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (٦ : ٣٩) ، والبغوي في شرح السنة (٢١٣٢) باب « الانتفاع بالرهن » (٨ : ١٨٤) ، ورواه عبد الرزاق في المصنف (١٥٠٣٤) باب « الرهن لا يغلق » (٨ : ٢٣٨) ، والحاكم في المستدرك (٢ : ٥١) وصححه ، وابن حبان في صحيحه . موارد الظمآن ص (٢٤٧) .

٣١٩٤٣ - قَالَ : فَهذَا لاَ يَصلُحُ وَلاَ يَحِلُّ ، وَهذا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ ، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الأَجَلِ فَهُوَ لَهُ ، وَأَرَى هَذَا الشَّرْطَ مُنْفَسِخاً(١).

٣١٩٤٤ - **قال أبو عمر** : قَدْ ذَكَرْنا فِي « التَّمْهِيدِ »(٢) مَنْ وَصَلَ الحَدِيثَ ، فَجعلَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ [مِنْ رُوَاةِ مَالِكٍ ، وَمِنْ رُوَاةِ ابْنِ شِهابٍ أيضاً ، وَمِنْهُم مَنْ يَرْوِيهِ عَنِ](٣) ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدٍ ، وَأَبِي سَلَمَةَ ، عَنْ أَبِي هُرَيرةَ عَنِ النبيِّ ﷺ .

٣١٩٤٥ - وَمِنْهُم مَنْ يزيدُ فِيهِ مُرْسَلاً ، وَمُسْندا « الرهن مِمَّن رَهَنَهُ لَهُ غُنْمهُ ، وَعَلَيهِ غُرْمُهُ » .

٣١٩٤٦ - وَجَعَلَهُ بَعْضُهم مِنْ قَولِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ .

٣١٩٤٧ - وَقَدْ حَدَّثنا خَلَفُ بْنُ قَاسِمٍ ، قالَ : حدَّثني عليُّ بْنُ الحَسَنِ ، وَأَحْمدُ ابْنُ مُحمدِ بْنِ يَزِيدَ الحلبيُّ ، قالاَ : حدَّثني عليُّ بْنُ عَبْدِ الحَمِيدِ الغَضَائِرِي ، قالَ : حدَّثني مُجَاهِدُ بْنُ مُوسى ، قالَ : حدَّثني معنُ بْنُ عِيسى ، عَنْ مَالِكٍ ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ وَهُوَ مِنْ صَاحِبِهِ »(٤) .

---

(١) الموطأ (الموضع السابق) .

(٢) الحديث في **التمهيد** (٦ : ٤٢٥) وما بعدها .

(٣) في (ي ، س) بدلاً من هذه العبارة : ومن رواية .

(٤) **التمهيد** (٦ : ٤٢٥ ، ٤٢٦) ، وأخرجه الشافعي في « المسند » ٢/١٦٤ من طريق يحيى بن أبي أنيسة ، وابن ماجه (٢٤٤١) في الرهون : باب لا يغلق الرهن من طريق إسحاق بن راشد ، والحاكم ٢/٥١ من طريق مالك ، والدار قطني ٣/٣٣ ، والحاكم ٢/٥١ - ٥٢ من طريق كدير أبي يحيى ، عن معمر ، ومن طريق سليمان بن أبي داود الحراني ومحمد بن الوليد الزبيدي =

٣١٩٤٨ - هكذا جَاءَ هَذا الإِسْنَادُ عَنْ مَعنِ بْنِ عِيسى ، ولَيس كَذَلِكَ فِي المُوَطَّإِ .

٣١٩٤٩ - وَرَوَاهُ معمرٌ ، وابْنُ أبي ذِئْبٍ ، وَيحيى بْنُ أبي أُنَيسَةَ ، كُلُّهم عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ سَعِيدٍ ، عَنْ أَبي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النبيِّ ﷺ ، قالَ : « لاَ يغْلقُ الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعَلَيهِ غُرْمُهُ » .

٣١٩٥٠ - وَقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانيدَ بِكُلِّ ذَلِكَ مِنْ طُرُقٍ مُتَوَاتِرَةٍ فِي « التَّمْهيدِ »(١) ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً .

٣١٩٥١ - وَأَصْلُ هَذا الحَديثِ عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ بِهِ مُرْسَلٌ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ وصلَ مِنْ جِهاتٍ كَثيرَةٍ إِلاَّ أَنَّهُم يُعَلِّلُونَها عَلى مَا ذَكَرْنا عَنْهُم فِي « التمهيدِ » وَهُم مَعَ ذَلِكَ لاَ يَدْفعُهُ ، بَلِ الجَميعُ يَقْبلُهُ ، وَإِنِ اخْتَلَفُوا فِي تَأْوِيلِهِ .

٣١٩٥٢ - وَالرِّوَايَةُ فِيهِ : « لاَ يغْلقُ الرَّهْنُ » بِضَمِّ القَافِ على الخَبرِ ، بِمَعْنى الرَّهنِ لَيس يَغْلَقُ ، أيْ لا يذهبُ ، وَلاَ يتلفُ بَاطِلاً ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣١٩٥٣ - وَالنَّحويُّونَ يَقُولُونَ : غلقَ الرَّهنُ إِذا لَمْ يُوجَدْ لَهُ تَخلصٌ .

٣١٩٥٤ - قَالَ زُهيرٌ :

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لاَفكاكَ لَهُ
يَومَ الوَدَاعِ فَأَمْسى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا(٢)

=كلهم عن الزهري ، به .

وأخرجه الدار قطني ٣/٣٣ ، والحاكم ٢/٥١ ، والبيهقي ٦/٣٩ من طريق إسماعيل بن عياش ، والحاكم ٢/٥١ ، والدار قطني ٣/٣٣ من طريق شبابة ، كلاهما عن ابن أبي ذئب ، عن الزهري ، به .

(١) (٦ : ٤٢٥) .

(٢) البيت في ديوانه ص (٣٩) .

٣١٩٥٥ - وَقالَ قعنبُ ابنُ أُمِّ صَاحبٍ :

بَانَتْ سُعادُ ، وَأمْسى دُونَها عدن
وَغلقت عِنْدَها مِنْ قَلبِكَ[1] الرَّهن

٣١٩٥٦ - وَقالَ آخرُ :

كَأنَّ القَلْبَ لَيْلَةَ قِيلَ يغدي
بِلَيْلى العَامرِيَّةِ أو يراحُ
قَطَاةٌ عَرَّهَا شَرَكٌ فَباتَتْ
تُجاذِبُهُ ، وَقَدْ غَلِقَ الجَناحُ[2]

٣١٩٥٧ - وَقَدْ أكْثَرنْا فِي « التَّمْهِيدِ »[3] مِنَ الشَّوَاهِدِ [بِالشِّعْرِ][4] فِي هَذا المَعْنى .

٣١٩٥٨ - وَقالَ أبو عُبيدٍ : لاَ يَجُوزُ في كَلامِ العَرَبِ أنْ يُقالَ فِي الرَّهنِ إِذا ضاعَ قَدْ غَلِقَ إِنَّما [يقالُ : قَدْ غلقَ إِذا][5] استحقَّهُ المُرْتهنُ ، فَذهبَ بِهِ ، ثُمَّ ذكرَ نحو تَفْسيرِ مَالِكٍ لَهُ فِي الموطأ .

٣١٩٥٩ - وَعلى نَحوِ تَفْسيرِ مَالِكٍ لِذَلِكَ فسرَّهُ سُفْيانُ الثوريُّ .

٣١٩٦٠ - وَبِمثْلِ ذَلِكَ جَاءَ تَفْسِيرُهُ عَنْ شُرِيحٍ القَاضِي ، وَطَاوُسٍ ، وَإِبْرَاهِيمَ النخعيِّ .

---

(١) في التمهيد : قبلك .

(٢) انظر الأغاني (١ : ٣٣٨) ، (٢ : ٢٧) ، والتكملة لابن الأبار (٢ : ٤٦٧) .

(٣) ٦ : ٤٢٦) .

(٤) سقط في (ك) .

(٥) سقط في (ي ، س) .

٣١٩٦١ - وَقَدْ كانَ الزُّهريُّ يَقُولُهُ ، ثُمَّ رَجعَ عَنْهُ .

٣١٩٦٢ - أخبرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ ، قالَ : حدَّثني مُحمدُ بْنُ يحيى بنِ عَمْرٍ [قالَ : حدَّثني][1] عليُّ بْنُ حَربٍ ، قالَ : حدَّثني سُفيانُ بْنُ عُيينَةَ ، عَنْ عَمْرٍو ، عَنْ طَاووسٍ ، قالَ : إذا رهنَ الرَّجُلُ الرَّهنَ ، فَقالَ صَاحِبُهُ : إنْ لَمْ آتِكَ إلى كَذا وَكَذا ، فالرَّهْنُ لَكَ ، قَالَ : لَيسَ بِشَيْءٍ [وَلكِنْ يباعُ ، فيأخذُ حَقَّهُ ، وَيردُّ مَا فضلَ .

٣١٩٦٣ - رَوى هشيمٌ ، عَنْ مَنْصُورٍ ، عَنْ إبْراهِيمَ ، قالَ : إذا أَقْرَضَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ قَرْضاً ، وَرَهَنَهُ رَهْناً ، وَقالَ لَهُ : إنْ أَتَيتكَ بِحَقِّكَ إلى أجلِ كَذا ، وَإلاَّ فَهُوَ لَكَ بما فيهِ ،

قَالَ : لَيسَ هَذا بِشَيْءٍ][2] ، هُوَ رَهْنٌ عَلى حَالِهِ لاَ يَغْلَقُ[3] .

٣١٩٦٤ - وَهَذا كُلُّهُ كَما فَسَّرَهُ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ .

٣١٩٦٥ - وَهَذا يَدُلُّ على أنَّ قَولَهُ « لاَ يَغْلَقُ الرَّهنُ » إنَّما هُوَ فِي الرَّهنِ القَائِمِ المَوْجُودِ ، لاَ فِيما هَلكَ مِنَ الرُّهونِ ، وأَنَّهُ لَيأخُذهُ المُرتَهنُ إذا حَلَّ الأجلُ بِمالهُ عَلَيهِ مِنَ الشَّرْطِ الَّذي أَبْطَلَتْهُ السُّنَّةُ ، وَجعَلَتْ صَاحِبَهُ أَولى بِهِ إذا أَرادَ افْتِكاكَهُ ، فَأَدَّى دَيْنَهُ .

٣١٩٦٦ - وَذكرَ عَبْدُ الرزَّاقُ ، عَنْ مَعمرٍ ، قالَ : قُلْتُ لِلزُّهريِّ : أَرأَيْتَ قَوْلَهُ : « لاَ يَغْلَقُ الرَّهنُ » ، أَهُوَ الرَّجُلُ يَقُولُ : إنْ لَمْ آتِكَ بِمَالِكَ ، فَهَذَا الرَّهْنُ لَكَ ؟ قَالَ : نَعمْ .

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) المغني (٤ : ٣٨٣) .

قَالَ مَعمرٌ : ثُمَّ بَلَغَني أنَّهُ إنْ هَلكَ لَمْ يَذْهبْ حَقٌّ هذا ، إنَّما هَلكَ مِنْ رَبِّ المَالِ لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيهِ غُرْمُهُ(١) .

٣١٩٦٧ - **قال أبو عمر** : اخْتَلَفَ العُلَماءُ - قَديماً وَحَديثاً - مِنَ الصَّحابَة ، [والتَّابِعِين](٢) ، وَمَنْ بَعْدَهم فِي الرَّهنِ يَهلَكُ عِنْدَ المُرْتَهِنِ ، وَيَتْلَفُ مِنْ غَيرِ جِنايَةٍ [مِنْهُ](٣) ، ولاَ تَضْيِيعٍ :

٣١٩٦٨ - قالَ مَالكُ بْنُ أنَسٍ ، والأوْزاعيُّ ، وَعُثمانُ البتيُّ : إذا كانَ الرَّهنُ مِمَّا يخْفى هَلاكُهُ نَحو الذَّهَبِ ، وَالفِضَّةِ ، والثِّيابِ ، وَالحليِّ ، وَالسَّيْفِ ، وَاللِّجامِ ، وَسَائِرِ مَا يغابُ عَلَيهِ مِنَ المَتاعِ ، وَيَخْفى هَلاَكُهُ ، فَهُوَ مَضْمُونٌ على المُرْتَهنِ إنْ هَلَكَ ، وَخَفِي هَلاكُهُ ، وَيَترادَّانِ الفَضْلَ فِيما بَيْنَهُما .

٣١٩٦٩ - [وَإنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهنِ أكْثرَ مِنَ الدَّيْنِ ذَهبَ الدَّيْنُ كُلُّهُ ، وَيرْجعُ الرَّاهِنُ عَلى المُرْتهنِ بِفَضْلِ قِيمَةِ الرَّهْنِ](٤) .

٣١٩٧٠ - وَإنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهنِ مِثْلَ الدَّينِ ذَهَبَ بِما فِيهِ .

٣١٩٧١ - وَإنْ كَانَتْ أقَلَّ أتَمَّ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ دَيْنَهُ .

٣١٩٧٢ - وَإنِ اخْتَلَفا ، فَسيَأْتِي القَولُ فِيهِ فِي بَابٍ بَعْدَ هذا ، حَيْثُ ذَكَرَهُ مَالكٌ - رَحمهُ اللَّهُ .

٣١٩٧٣ - وَكانَ مَالِكٌ ، وابْنُ القَاسِمِ يَذْهَبانِ فِيما يُغَابُ عَلَيهِ مِنَ الرَّهنِ أنَّهُ إنْ

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٨ : ٢٣٧) ، وسنن البيهقي (٦ : ٤٠)

(٢) ، (٣) سقط في (ك) .

(٤) سقط في (ي ، س) .

قَامَتِ البَيِّنَةُ على هَلاكِهِ ، فَلَيس بِمَضْمُونٍ ، إِلاَّ أَنْ يَتعدَّى فِيهِ المرتَهنُ ، أَو يُضَيِّعَهُ ، فَيضمنُ .

٣١٩٧٤ - وَقالَ أَشْهَبُ : كُلُّ مَا يُغَابُ عَلَيهِ مَضْمونٌ عَلى المُرْتَهنِ خَفِيَ هَلاكُهُ ، أَو ظَهَرَ .

٣١٩٧٥ - وَهُوَ قَولُ الأَوْزَاعِيِّ ، والبتيِّ .

٣١٩٧٦ - وَاتَّفقَ مَالِكٌ ، وَأَصْحابُهُ ، والأَوْزاعيُّ ، وَعُثمانُ البتيُّ فِي الرَّهنِ إِذا كَانَ مِمَّا يظْهَرُ هَلاكُهُ نَحْو الدُّورِ ، وَالأَرضِينَ ، وَالحَيوانِ ، وَمَا كانَ مِثْلَ ذَلِكَ كُلِّه فَهلَكَ أَنَّهُ مِنْ مَالِ الرَّاهِنِ[١] وَمصيبتِهِ مِنْهُ ، وَالمُرتَهنُ فِيهِ أَمِينٌ .

٣١٩٧٧ - وَرَوى هَذا القَولَ الأَوْزاعيُّ ، عَنْ يَحيى بْنِ أَبي كَثيرٍ ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبي طالبٍ - رضي الله عنه .

٣١٩٧٨ - وقالَ ابْنُ أَبي لَيلى ، وَعُبيدُ اللَّهِ بْنُ الحَسنِ ، وَإِسْحاقُ ، وَأَبو عُبيدٍ فِي هَلاكِ الرَّهنِ عِنْدَ المُرْتَهِنِ : إِنَّهُما يَتَرادَّانِ الفَضْلَ بَينَهُما على مِثْلِ قَولِ مَالِكٍ ، والأَوْزَاعِيِّ ، وَالبتيِّ ، إِلاَّ أَنَّهُ لاَ فَرْقَ عِنْدَهُم بَيْنَ ما يَظْهَرُ هَلاكُهُ ، وَبَيْنَ ما لاَ يَظْهَرُ ، وَبَيْنَ مَا يُغَابُ عَليهِ ، وَبَينَ مَا لاَ يُغابُ عَلَيهِ .

٣١٩٧٩ - وَالرَّهْنُ عِنْدَهُم مَضْمُونٌ عَلى كُلِّ حَالٍ ، حَيَوَاناً كَانَ أَو غيره .

٣١٩٨٠ - وَرُوِيَ هَذا القَولُ وَمعْناهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبي طالبٍ مِنْ حَدِيثِ قَتادَةَ ، عَنْ خلاسٍ ، عَنْ عليٍّ - رضي الله عنه[٢] .

---

(١) في (ي ، س) : المرتهن ، وأثبتنا ما وافق لفظ **التمهيد** (٦ : ٤٣٦) .

(٢) انظره في السنن الكبرى للبيهقي (٦ : ٤٣) .

٣١٩٨١ - وَرُوِيَ أيضاً عَنِ ابْنِ عُمَرَ مِنْ حَدِيثِ إِدْرِيسَ الأَوْدِيِّ ، عَنْ إِبْراهِيمَ ابْنِ عُمَيرةَ ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ، إِلاَّ أَنَّ إِبْراهِيمَ بْنَ عُمَيرةَ مَجْهُولٌ ، لاَيُعْرَفُ.

٣١٩٨٢ - وَقالَ سُفْيانُ الثَّورِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحابُهُ ، وَالحَسَنُ بْنُ حَيٍّ : إِنْ كَانَ الرَّهْنُ مِثْلَ الدَّيْنِ ، أَو أَكْثَرَ ، فَهُوَ بِما فِيهِ ، وَإِنْ كانَ أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ ذَهَبَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدرِهِ ، ورَجعَ المرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِما نقصَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهنِ عَنِ الدَّيْنِ .

٣١٩٨٣ - وَالرَّهْنُ عِنْدَهُم مَضْمُونٌ بِقِيمَةِ الدَّيْنِ ، فَما دُونَ ، وَمَا زادَ على الدَّيْنِ ، فَهُوَ أَمَانَةٌ .

٣١٩٨٤ - وَرُوِيَ مِثْلُ هَذا القَولِ عَنْ عَلِيٍّ مِثْلُهُ مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الأَعْلى ، عَنْ مُحمدِ ابْنِ الحنفيَّةِ ، عَنْ عَلِيٍّ ، وَهُوَ أَحْسَنُ الأَسَانِيدِ فِي هَذا البابِ عَنْ عَلِيٍّ - رضي اللَّهُ عَنْهُ[١] .

٣١٩٨٥ - وقالَ شُرَيحٌ القَاضِي : وعَامِرُ الشَّعبِيُّ ، وَشَرِيك ، وَغَير وَاحِدٍ مِنَ الكُوفِيِّينَ [يَذهَبُ][٢] الرَّهْنُ بِما فِيهِ مِنَ الدَّينِ إِذا هلَكَ سَواءٌ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ ، أَو أَقَلَّ ، أَو أَكْثَرَ ، وَلاَ يَرْجِعُ وَاحِدٌ مِنْهُما عَلى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ .

٣١٩٨٦ - وَهُوَ قَولُ الفُقَهاءِ السَّبعَةِ المَدَنِيِّينَ ، إِلاَّ أَنَّهم إِنَّما يَجْعَلُونَهُ بِما فِيهِ إِذا هَلكَ وَعُمِيَتْ قِيمَتُهُ ، ولَمْ تَقُمْ بينَةٌ عَلى مَا فِيهِ ، فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ على مَا فِيهِ تَرَادَّا الفَضْلَ .

٣١٩٨٧ - وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ ، وَمَالِكُ بْنُ أَنَسٍ : إِذا عُمِيَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ ، وَأَقَرَّ الرَّاهِنُ وَالمُرتَهِنُ جَمِيعاً أَنَّهُما لاَ يعْرفانِ قِيمَتَهُ ، فَهُوَ بِما فِيهِ .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٦ : ٤٣) .

(٢) الزيادة بين الحاصرتين من **التمهيد** (٦ : ٤٣٧) .

٣١٩٨٨ – قَالَ اللَّيْثُ : وَبَلَغَنِي ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رضي اللَّهُ عَنْهُ[1] .

٣١٩٨٩ – وَالحَيوانُ عِنْدَ اللَّيْثِ لاَ يضْمنُ إِلاَّ أَنْ يتهمَ المرْتَهنُ فِي دَعْوى المَوْتِ ، وَالإِبَاقِ .

٣١٩٩٠ – قالَ اللَّيثُ : بالمَوتِ يكُونُ ظَاهِراً مَعْلُوماً لا يخْفى .

٣١٩٩١ – وَإِنْ أَعْلَمَ المرتهنُ الرَّاهِنَ بِمَوْتِهِ ، أَو إِبَاقِهِ ، أَو أَعلمَ السُّلطانَ – إِنْ كانَ صَاحِبُهُ غَائِباً – حَلفَ ، وَبَرِئَ .

٣١٩٩٢ – وَقالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الحِجازِ ، مِنْهُم سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ ، وَابْنُ شِهابٍ الزُّهريُّ ، وَعَمْرو بْنُ دِينارٍ ، وَمُسْلمُ بْنُ خالِدٍ الزنجيُّ ، وَالشَّافعيُّ ، وَأَصْحابُهُ : الرَّهنُ كُلُّهُ أَمَانَةٌ قَلِيلُهُ ، وكَثِيرُهُ ، مَا يُغَابُ عَلَيهِ مِنْهُ ، وَمَا لاَ يُغَابُ عَليهِ ، وَلاَ يضْمنُ إِلاَّ بِما يُضْمنُ بِهِ الوَدَائِعُ مِنَ التَّعدِّي ، وَالتَّضْيِيعِ كَسَائِرِ الأَمَانَاتِ ، وَلاَ يضيرُ المُرْتهنَ هَلاكُ الرَّهنِ ودَيْنُهُ ثَابِتٌ عَلى حَالِهِ ، وَسَواءٌ عِنْدَهُم الحَيوانُ فِي ذَلِكَ ، وَالدُّورُ ، والرِّباعُ ، وَالثِّيابُ ، وَالحُلِيُّ ، وَغيرُ ذَلِكَ .

٣١٩٩٣ – وَبِهِ قَالَ أَحْمدُ بْنُ حَنبلٍ ، وَأَبُو ثَورٍ ، وَدَاودُ بْنُ عَلِيٍّ ، وَجُمهورُ أَهْلِ الحَدِيثِ .

٣١٩٩٤ – وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ حَديثُ سَعيدِ بْنِ المُسَيّبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النبيِّ ﷺ .

٣١٩٩٥ – وَمِنْهُم مَنْ يرْسِلُهُ عَنْ سَعِيدٍ ، وَمِنْهُم مَنْ يَجْعَلُهُ مِنْ قَولِهِ : « الرَّهنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ ، وَعلَيهِ غُرْمُهُ » .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٦ : ٤٣) .

٣١٩٩٦ - وَقَدْ أوضَحْنا ذَلِكَ كُلَّهُ فِي « التَّمْهِيدِ »[1] .

٣١٩٩٧ - وَقالَ هؤُلاءِ : يَعْنِي قَولَهُ ﷺ : له غُنْمُهُ ؛ أي لَهُ غلّتهُ وَخَراجُهُ ، وَفَائِدَتُهُ ، كَما لَهُ رَقَبَتُهُ .

٣١٩٩٨ - وَمَعْنى عَليهِ غُرْمُهُ أي فكاكُهُ ، ومصيبتُهُ .

٣١٩٩٩ - قالُوا : وَالْمُرْتَهِنُ لَيسَ بِمُعتَدٍ حِينَئِذٍ فَيَضْمَنُ ، وَإِنَّما يَضْمَنُ مَنْ تَعدَّى .

٣٢٠٠٠ - وَقالَ المزنيُّ : قَدْ قالَ مَالِكٌ ، وَمَنْ تَابَعَهُ إِنَّ الحَيوانَ مَا ظهرَ هَلاكُهُ أمانَةٌ .

٣٢٠٠١ - وَقالَ أبُو حَنِيفَةَ وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ : مَا زادَ عَلى قِيمَةِ الرَّهنِ ، فَهُوَ أمانَةٌ ، فَالوَاجِبُ بِحَقِّ النَّظرِ أنْ يَكُونَ كُلُّهُ أمانَةً .

٣٢٠٠٢ - وَمَعنى قَولِهِ : لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيهِ غُرْمُهُ عِنْدَ مَالِكٍ ، وأَصْحابِهِ ، أي لَهُ غلّتُهُ وَخَراجُهُ وأُجْرَةُ عَمَلِهِ كَما قَالَ مَنْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ .

٣٢٠٠٣ - قَالُوا : وَمَعنى قَولِهِ : وَعَلَيهِ غُرْمُهُ ؛ أي نَفَقَتُهُ ، لَيسَ الفكاكُ ، وَالمصيبةُ .

٣٢٠٠٤ - قَالُوا : لأنَّ الغنمَ إِذا كَانَ الخراجَ وَالغلّةَ كَانَ الغُرمُ مَا قابلَ ذَلِكَ مِنَ النَّفَقةِ .

٣٢٠٠٥ - قالُوا : وَالأصلُ أنَّ المرتَهنَ إِذا لَمْ يَتَعمَّدْ لَمْ يَضْمنْ مَا ظهرَ هَلاكُهُ وَيضْمنُ مَا غابَ هَلاكُهُ مِنْ حَيْثُ ضَمِنَهُ الْمُستَعيرُ سَواءٌ ؛ لأنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما أخذَ

---

(١) (٦ : ٤٣٧ - ٤٣٨) .

الشَّيْءِ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ ، وَالمُرْتهنُ أخذهُ وَتبعهُ بِحقِّهِ ، وَالمُسْتعيرُ أخذَ العَارِيةَ لِلْمنفعةِ بِها دُونَ صَاحِبِها مَا دَامَتْ عِنْدَهُ .

٣٢٠٠٦ - وَلَيسَ كَذَلِكَ الأمَانَةُ ؛ لأنَّ الأمِينَ يَأْخُذُها لِمَنْفَعةِ رَبِّها ، وَذَلِكَ حفْظُها عَلَيهِ ، وَحراستُها لَهُ .

٣٢٠٠٧ - قَالُوا : وفِي مَعْنَى قَولِهِ : لَهُ غُنْمهُ ، وَعَليهِ غُرْمُهُ قولُهُ ﷺ : « الرَّهنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ »(١) ، أي أجرُ ظَهْرِهِ لِربِّهِ ، وَنفقَتهُ عليهِ ، ولاَ يَجوزُ أنْ يكُونَ ذَلِكَ لِلْمُرتَهِنِ ؟ لأنَّهُ رِبا مِنْ أجْلِ الدَّيْنِ الَّذِي لَهُ ، ولاَ يَجُوزُ أنْ يكُونَ الرَّاهِنُ يَلِي الرُّكُوبَ وَالحِلابَ ؛ لأنَّهُ كَانَ يَصِيرُ - حِينَئِذٍ - الرَّهْنُ عِنْدَهُ غَيرَ مَقْبُوضٍ ، والرَّهْنُ لاَبُدَّ أنْ يكُونَ مَقْبُوضاً ، وَلَو رَكبَهُ لَخرجَ من الرَّهْنِ .

٣٢٠٠٨ - وأمَّا أبو حَنِيفَةَ ، وأَصْحابُهُ ، فَتَأْوِيلُ قَولِهِ - عليه السلام - عِنْدَهُم : « لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيهِ غُرْمُهُ » أي لاَ يكُونُ غُنْمُهُ لِلْمُرْتَهِنِ ، ولَكنْ يكُونُ للرَّاهِنِ وَغُنْمُهُ عِنْدَهُم مَا فضلَ مِنَ الدَّيْنِ ، وَغُرْمُهُ مَا نقصَ مِنَ الدَّيْنِ(٢) .

---

(١) روي موقوفاً على أبي هريرة (رضي الله عنه) ؛ الشافعي في **الأم** (٣ : ١٦٤) ، ومن طريقه البيهقي في سننه الكبرى (٦ : ١٣٨) ، ومعرفة السنن (١١٧٢٤) ، باب الزيادة في الرهن .

وروي معناه مرفوعاً من حديث الشعبي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) : « لبن الدر يحلب بنفقته إذا كان مرهوناً أو لظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يحلب ويركب النفقة » .

أخرجه البخاري في كتاب الرهن ، ح (٢٥١٢) ، باب الرهن مركوب ومحلوب الفتح (٥ : ١٤٣) ، وأبو داود في البيوع ، ح (٣٥٢٦) ، باب (٣ : ٢٨٨) . وقال هو عندنا صحيح .

والترمذي في البيوع ، ح (١٢٥٤) ، باب ما جاء في الانتفاع بالنهر (٣ : ٥٥٥) ، وابن ماجه في الرهون (٢٤٤٠) ، باب الرهن مركوب ومحلوب .

(٢) نهاية خرم في (**ي ، س**) .

٣٢٠٠٩ - وَهذا كُلُّهُ أيضاً عِنْدَهُم فِي سَلامَةِ الرَّهْنِ ، لاَ فِي عَطبِهِ .

٣٢٠١٠ - وَالرَّهْنُ عِنْدَهُم مَضْمُونٌ بِالدَّينِ ، لاَ بِنَفْسِهِ ، ولاَ قِيمَتِهِ .

٣٢٠١١ - وَمِنْ حُجَّتِهِم أنَّ المرْتَهِنَ لَـمَّا كَانَ أَحَقَّ بِالـرَّهنِ مِنْ سَائِرِ الغُرماءِ فِي الفَلَسِ علمَ أنَّهُ لَيسَ كَالوَدِيعةِ ، فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ ؛ وَلأنَّهُ لَو كَانَ أَمانَةً لَمْ يَكُنِ المُرْتهنُ أَحَقَّ بِهِ .

٣٢٠١٢ - وَقَالَ الشَّافعيُّ : مَعْنى قَولهِ ﷺ : « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » قَـولٌ عَامٌّ ، لَمْ يخصّ فِيهِ مَا يظْهرُ هَلاَكُهُ مِمَّا لاَ يظْهرُ ، وَمَا يغابُ عَلَيه مِمَّا لاَ يُغابُ عَليهِ ، وَمَنْ فَرَّقَ بَيْنَ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، فَقَدْ قَالَ[١] بِما لاَ يُعضدُهُ نَصٌّ ، وَلاَ قِياسٌ .

٣٢٠١٣ - [وَلَو عكسَ هذا القَـول على قَـائِلِهِ][٢] ، فَقِـيلَ : مَا ظَهـرَ هَلاكُهُ لاَ يَكُونُ أَمانةً ؛ لأنَّـهما قَـدْ رَضِيَا أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ بِـما فِيـهِ ، أَو مَضْمـوناً بِقِيـمَتِهِ وَأمَّـا مَا يَخفَى هَـلاكُهُ ، فَقَـدْ رَضِي صَاحِبُهُ بِدَفْعِـهِ إِلى المُرْتهنِ ، وَهُوَ يعلمُ أنَّ هَلاكَـهُ يَخفى ، فَقَدْ رَضِيَ فِيهِ أَمـانَتَهُ ، فَهُوَ لأَمـانَتِـهِ ، فَإِنْ هَلـكَ لَمْ يهلَكْ مِنْ مَـالِ المُرْتَهنِ ، وَذَلِكَ لاَ يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ لاَ دَلِيلَ لِقَائِلِهِ مِنْ نَصِّ كِتابٍ ، وَلاَ سُنَّةٍ ، [وَلاَ قِياسٍ][٣] .

٣٢٠١٤ - قالَ : وَلاَ خِـلافَ عَلِمتُهُ بَيْنَ العُلمـاءِ أَنَّ مَا ظَهرَ هَلاكُـهُ مِنَ الأَمَانةِ ، وَمَا خَـفِيَ سَواءٌ أَنَّهُ مَـضْمُـونٌ ، وَمَا ظَهـرَ ، أَو خَفِيَ هَلاكُـهُ مِنَ المَضْمُونِ سَـواءٌ فِي أَنَّهُ مَضْمُونٌ .

---

(١) في (ك) : نَصٌّ .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

٣٢٠١٥ - قالَ : وَكَذَلِكَ قَولُ أَهْلِ الكُوفَةِ ، لاَ يستَقِيمُ فِي قِيَاسٍ ، وَلاَ نَظَرٍ ، وَلاَ فِيهِ أَثَرٌ يلزمُ أَنَّهُم جَعلُوا الرَّهْنَ مرَّةً مَضْمُوناً بِما فِيهِ الدَّيْنُ ، وَمَرَّةً مَضْمُوناً بِالقِيمَةِ بما فِيهِ ، وَالمضْمُوناتُ إِنَّما تضمنُ بِالقِيمَةِ إِذَا فَاتَتْ كَأَنَّما فِيهَا مِنَ الحَقِّ ، فَإِنْ ذَكَرُوا رِوَايَةَ عَنْ عَلِيٍّ ، [فَالخِلافُ عَنْ عَلِيٍّ][1] مَوْجُودٌ ، وَالسُّنَّةُ تَدُلُّ عَلى أَنَّهُ أَمانَةٌ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

٣٢٠١٦ - اخْتَصَرْتُ كَلامَهُ هَذا[2] ، وَلِكُلٍّ هذهِ الطَّوَائِفِ حُجَجٌ يَطُولُ ذِكْرُها ، قَدْ تَقَصَّاها أَصْحَابُهم ، كُلٌّ لِمَذْهَبِهِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ ، لاَ شَرِيكَ لَهُ .

* * * *

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) من الأم (٣ : ١٦٧) باب « ضمان الرهن » .

(١١) باب القضاء في رهن الثمر والحيوان(*)

١٤٠٣ – قَالَ مَالِكٌ : فِيمَنْ رَهَنَ حَائِطاً لَهُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ، فَيَكُونُ ثَمَرُ ذَلِكَ الْحَائِطِ قَبْلَ ذَلِكَ الأَجَلِ : إِنَّ الثَّمَرَ لَيْسَ بِرَهْنٍ مَعَ الأَصْلِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ ذلِكَ ، الْمُرْتَهِنُ فِي رَهْنِهِ ، وَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا ارْتَهَنَ جَارِيَةً وَهِيَ حَامِلٌ ، أَوْ حَمَلَتْ بَعْدَ ارْتِهَانِهِ إِيَّاهَا : إِنَّ وَلَدَهَا مَعَهَا .

٣٢٠١٧ – قَالَ مَالِكٌ : وَفُرِقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَبَيْنَ وَلَدِ الْجَارِيَةِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » .

٣٢٠١٨ – قَالَ : وَالأَمْرُ الَّذِي لاَ اخْتِلاَفَ فِيهِ عِنْدَنَا : أَنَّ مَنْ بَاعَ وَلِيدَةً ، أَوْ شَيْئاً مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَفِي بَطْنِهَا جَنِينٌ ، أَنَّ ذلِكَ الْجَنِينَ لِلْمُشْتَرِي ،

(*) **المسألة – ٦٧٩ –** من شروط المرهون : أن يكون قابلاً للبيع : وهو أن يكون موجوداً وقت العقد ، مقدور التسليم ، فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم ، كما لو رهن ما يثمر شجره هذا العام ، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ، أو رهن الطير الطائر ، والحيوان الشارد ، ونحوه ، مما لا يتأتى استيفاء الدين منه ولا يمكن بيعه .

أما رهن الثمر أو الزرع الأخضر قبل بدو صلاحه : فهذا الشرط متفق عليه بين أغلب الفقهاء ، هو رأي **الحنفية** ، **والشافعية** في الأظهر ، وظاهر الروايات عند **المالكية** كما حقق الدسوقي ، وفي وجه عند **الحنابلة** . فلا يجوز عندهم رهن الثمر قبل بدو صلاحه ، ولا الزرع الأخضر من غير شرط القطع ؛ لأنه لا يجوز بيعه ، فلا يصح رهنه ، كسائر ما لا يجوز بيعه .

وانظر في هذه المسألة :

البدائع : ١٣٥/٦ – ١٤٠ ، الدر المختار : ٣٤٠/٥ ، ٣٤٨ ، ٣٥١ ، تكملة الفتح : ١٩٣/٨ ، ٢٠٨ ، اللباب : ٥٤/٢ وما بعدها ، ٥٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٣٣/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٣ ، المغني : ٣٤٣/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٤/٢ ، كشاف القناع : ٣١٥/٣ ، المهذب : ٣٠٩/١ .

اشْتَرَطَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ . فَلَيْسَتِ النَّخْلُ مِثْلَ الْحَيَوَانِ . وَلَيْسَ الثَّمرُ مِثْلَ الْجَنَينِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ .

٣٢٠١٩ - [قَالَ مَالِكٌ : وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذلِكَ أَيْضاً : أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ ثَمَرَ النَّخْلِ ، وَلاَ يَرْهَنَ النَّخْلَ ، وَلَيْس يَرْهَنُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ جَنِيناً فِي بَطْنِ أُمِّهِ][(١)] مِنَ الرَّقِيقِ . وَلاَ مِنَ الدَّوَابِّ[(٢)] .

٣٢٠٢٠ - **قال أبو عمر** : لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَصْحَابِهِ أَنَّ مَا تَلِدُهُ المَرْهُونَةُ فَهُوَ رَهْنٌ مَعَهَا ، وَأَنَّ الثَّمرةَ الحَادِثَةَ لَيْسَتْ بِرَهْنٍ [مَعَها ، وَأَنَّ الثَّمرةَ][(٣)] مَعَ الأَصْلِ ، لاَ مَعَ الاشْتِرَاطِ .

٣٢٠٢١ - وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ : إِذَا كَانَ الدَّيْنُ حَالا دَخَلَتِ الثَّمَرةُ فِي الرَّهْنِ ، وَإِذا كَانَ إِلى أَجَلٍ ، فَالثَّمرةُ إِلى صَاحِبِ الأَصْلِ .

٣٢٠٢٢ - وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ لاَ تَدْخلُ فِيهِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً يَومَ الرَّهْنِ فِي الشَّجَرِ .

٣٢٠٢٣ - وَقَالَ الشَّافعيُّ : لاَ يَدْخُلُ الوَلَدُ الحَادِثُ ، وَلاَ الثَّمَرَةُ الحَادِثَةُ فِي الرَّهنِ ، كَما لاَ يدْخلُ مَالُ العَبْدِ عنْدَ الجَمِيعِ إِذا رَهنَ العَبْدَ[(٤)] .

٣٢٠٢٤ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحمدٌ : إِذا وَلَدَتِ المَرْهُونَةُ بَعْدَ الرَّهنِ دَخَلَ وَلَدُها فِي الرَّهْنِ ، وَكَذَلِكَ اللَّبنُ ، وَالصُّوفُ وَثَمرُ النَّخلِ ، وَالشَّجر .

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) الموطأ : ٧٢٩ - ٧٣٠ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٥٩) .

(٣) في (ك) فقط دون باقي النسخ .

(٤) **الأم** (٣ : ١٦٣) باب « زيادة الرهن » .

٣٢٠٢٥ - وَهُوَ قَولُ الثَّوريِّ ، والحَسَنِ بنِ حَيّ .

٣٢٠٢٦ - وَبِهِ قالَ أَبُو جَعْفرٍ الطبريُّ ، قالَ : وَكَذَلِكَ الغَلَّةُ وَالخَرَاجُ ، كُلُّ ذَلِكَ دَاخِلٌ فِي الرَّهْنِ بِغَيرِ شَرْطٍ .

٣٢٠٢٧ - **قال أبو عمر** : قَدْ أَوضَحَ مَالِكٌ وَجْهَ الصَّوابِ فِيما ذَهبَ إِليهِ فِي هذِهِ المَسْأَلَةِ .

٣٢٠٢٨ - وَأَمَّا الشَّافعيُّ ، فَحُجَّتُهُ أَنَّ [الثَّمرَةَ](١) لَمَّا لَمْ تَدْخُلُ فِي بَيْعِ الأَصْلِ إِلاَّ بِالشَّرطِ دَلَّ على أَنَّها شَيْءٌ آخرُ غيرُ الأَصْلِ ، وَلاَ تدْخلُ فِي الرَّهنِ إِلاَّ بِالشَّرطِ بَعْدَ ظُهُورِهَا ، وَالأَمَةُ لاَ يَصحُّ رَهْنُ جَنِينِها فِي بَطْنِها ، فَإِذا وَلَدَتْ ، فَهُوَ مُبَاينٌ لَها ، لَمْ يقعْ عَلَيهِ الرهنُ ، فَهُوَ للرَّاهِنِ(٢) .

٣٢٠٢٩ - وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ ،فَقاسَهُ على المُكاتَبَةِ الَّتِي وَلَدُها مِثْلُها إِذَا وَلَدَتْهُ بَعْدَ الكِتَابَةِ ، وَلاَ فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ الثَّمرَةِ وَالوَلَدِ ؟ لأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ نمى مِنَ الأَصْلِ .

٣٢٠٣٠ - وَالاحْتِجاجُ بِمَذَاهِبِهِم فِيهِ تَشْعِيبٌ ، وَالأَصْلُ مَا ذَكَرْتُهُ لَكَ .

* * * *

(١) في (ط) : المرأة . والصواب ما أثبتناه .

(٢) الأم (٣ : ١٦٣) باب « زيادة الرهن » .

(١٢) باب القضاء في الرهن من الحيوان(*)

١٤٠٤ – قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ الَّذِي لاَ اخْتِلاَفَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الرَّهْنِ : أَنَّ مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلاَكُهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَيَوانٍ ، فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَعُلِمَ هَلاَكُهُ ، فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ ، وَإِنَّ ذَلِكَ لاَ يَنْقُصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئاً ، وَمَا كَانَ مِنْ رَهْنٍ يَهْلِكُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، فَلاَ يُعْلَمُ هَلاَكُهُ إِلاَّ بِقَوْلِهِ ، فَهُوَ مِنَ الْمُرْتَهِنِ ، وَهُوَ لِقِيمَتِهِ ضَامِنٌ . يُقَالُ لَهُ : صِفْهُ ، فَإِذَا وَصَفَهُ ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ . وَتَسْمِيَةِ مَالِهِ فِيهِ ، ثُمَّ يُقَوِّمُهُ أَهْلُ الْبَصَرِ بِذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَمَّا سَمَّى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ ، أَخَذَهُ الرَّاهِنُ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِمَّا سَمَّى ، أُحْلِفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمَّى الْمُرْتَهِنُ ، وَبَطَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ الَّذِي سَمَّى الْمُرْتَهِنُ ، فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ . وَإِنْ أَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يَحْلِفَ ، أُعْطِيَ الْمُرْتَهِنُ مَا فَضَلَ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ ، فَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ : لاَ عِلْمَ لِي بِقِيمَةِ الرَّهْنِ ، حُلِّفَ الرَّاهِنُ عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ . وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ ، إِذَا جَاءَ بِالأَمْرِ الَّذِي لاَ يُسْتَنْكَرُ .

قَالَ مَالِكٌ : وَذَلِكَ إِذَا قَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ ، وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِ(١) .

(*) **المسألة – ٦٨٠ –** إذا هلكت العارية عند المرتهن ، فليس لمالكها عند **الحنفية** إلا ما كان مضموناً منها ، وهو الأقل من قيمتها ومن الدين . وإذا كان الدين هو الأقل ، فلا يرجع المالك على المستعير بالزيادة ؛ لأن العارية أمانة ، وهي لا تضمن إلا بالتعدي .

وقال المالكية : يرجع المالك على المستعير بقيمة العارية يوم استعارها . **وقال الشافعية ، والحنابلة** في أظهر القولين : إذا تلفت العارية لدى المرتهن من غير تعد ضمن الراهن قيمتها يوم تلفها ، إذا العارية مضمونة مطلقاً عند **الحنابلة** ، ومضمونة أحياناً عند **الشافعية والمالكية** .

(١) الموطأ : ٧٣٠ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٦٤) .

٣٢٠٣١ - **قال أبو عمر** : قَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِيما يُغابُ عَلَيهِ مِنَ الرُّهُونِ ، وَمَا لاَ يُغَابُ عَلَيهِ مِنْها فِي البَابِ الَّذِي قَبْلَ هَذا : بَابُ غلقِ الرَّهْنِ ، فَلاَ مَعْنى لإِعادَتِهِ هَاهُنا .

٣٢٠٣٢ - وَأَمَّا اخْتِلافُ الرَّهنِ وَالرَّاهِنِ والمُرْتَهِنِ فِيما عَلى الرَّاهِنِ مِنَ الدَّيْنِ : ؛ فَقَولُ مَالِكٍ مَا ذَكَرَهُ فِي « المُوطَّإِ » مِمَّا قَدْ ذَكَرْناهُ عَنْهُ فِي هَذا البَابِ .

٣٢٠٣٣ - وَلَمْ يَخْتَلِفْ أَصْحابُهُ عَنْهُ أَنَّ القَولَ قَولُ المُرْتَهِنِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ قِيمَةِ الرَّهْنِ .

٣٢٠٣٤ - وَلاَ نَعْلَمُ أَحَداً رَاعى قِيمَةَ الرهنِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ غَيرَ مَالِكٍ ، وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ ، إِلاَّ أَنَّهُم لاَ يَكُونُ القَولُ عِنْدَهُم قَولَ المُرْتَهِنِ إِلا إِلى قِيمَةِ الرَّهْنِ ؟ لأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ ، فَأَشْبَهَ إِليهِ ، وَصارَ القَولُ قَولَ مَنِ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ إِلى مِقْدَارِ قِيمَتِهِ ، وَلاَ يصدقُ على أَكْثر مِنْ ذَلِكَ ، وَالقَولُ قَولُ الرَّاهِنِ فِيمَا زَادَ على ذَلِكَ ، فَإِنْ كانَ الرَّهْنُ قَائِماً ، وَاختَلفَا فِي الدَّيْنِ ، فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ قَدْرَ حَقِّ المُرْتَهِنِ أَخَذَهُ بِحَقِّهِ ، وَكانَ أَولى بِهِ مِنَ الرَّاهِنِ إِلاَّ أَنْ يَشاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِي حَلفَ عَلَيهِ ، وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ .

٣٢٠٣٥ - وَقالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحابُهما ، وَالثَّورِيُّ ، والحَسَنُ بْنُ حيٍّ : إِذا هَلَكَ الرَّهْنُ واختَلَفَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهنُ فِي مِقْدارِ الدَّيْنِ[1] فَالقَولُ قَولُ الرَّاهِنِ فِي الدَّيْنِ مَعَ يَمِينِهِ ، ولا قَولَ لِلْمُرْتَهِنِ هَاهُنا إِلى قِيمَةِ الرَّهْنِ ، وَلاَ ما دُونَ ، وَلاَ مَا فَوْقَ ؛ لأَنَّهُ مُدَّعٍ عِنْدَهُم .

٣٢٠٣٦ - **قال أبو عمر** : المُرْتَهِنُ مُدَّعٍ ، فَإِذا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ حَلفَ الرَّاهِنُ على ظَاهِرِ السُّنَّةِ المُجْتَمعِ عَلَيها ، وَلاَ يَلْزَمُ الرَّاهِنُ مِنَ الدَّيْنِ إِلاَّ مَا أَقَرَّ بِهِ ، أَو قَامَتْ عَلَيهِ

---

(١) في (ي ، س) : الحق .

بَيِّنَةٌ ، فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ الهَالِكِ ، أو صِفَتِهِ ، فَالقَولُ قَولُ المُرتَهنِ عِنْدَ مَالِكٍ ، وأَصْحابِهِ ؛ لأَنَّهُ الضَّامِنُ لِقِيمَتِهِ ، وَهُوَ مُدَّعى عَلَيهِ ، والرَّاهِنُ مُدَّعٍ بِأَكْثَرَ مِمَّا يقرُّ بِهِ المُرْتهِنُ ، والشَّافعيُّ وَالكُوفِيُّونَ عَلى أُصُولِهم المُتَقَدمَةِ ، وَهَذا بَابٌ مُطَّرِدٌ لَو وقفَ على المُدَّعِي مِنَ المُدَّعى عَلَيهِ فِيهِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

* * * *

(١٣) باب القضاء في الرهن يكون بين الرجلين

١٤٠٥ - قَالَ مَالِكٌ : فِي الرَّجُلَيْنِ يكُونُ لَهُماَ رَهْنٌ بَيْنَهُماَ ، فَيَقُومُ أَحَدُهُماَ بِبَيع رَهْنِهِ ، وَقَدْ كَانَ الآخَرُ أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ سَنَةً ، قَالَ : إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُقْسَمَ الرَّهْنُ ، وَلاَ يَنْقص حَقُّ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحقِّهِ ، بِيعَ لَهُ نِصفُ الرَّهْنِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُما ، فَأُوفِي حَقَّهُ ، وَإِنْ خِيفَ أَنْ يَنْقُصَ حَقُّهُ ، بِيعَ الرَّهْنُ كُلُّهُ ، فَأُعْطِيَ الَّذِي قَامَ بِبَيْعِ رَهْنِهِ ، حَقَّهُ مِنْ ذلِكَ . فَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ ، أَنْ يَدْفَعَ نِصْفَ الثَّمَنِ إِلَى الرَّاهِنِ ، وَإِلاَّ حُلِّفَ الْمُرتَهِنُ ، أَنَّهُ مَا أَنْظَرَهُ إِلاَّ لِيُوقِفَ لِي رَهْنِي عَلَى هَيْئَتِهِ ، ثُمَّ أُعْطِي حَقَّهُ عَاجِلاً .

٣٢٠٣٧ - قَالَ : وَسَمِعتُ مَالِكاً يَقُولُ ، فِي الْعَبْدِ يَرْهَنُهُ سَيِّدُهُ ، وَلِلْعَبْدِ مَالٌ : إِنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَيْس بِرهْنٍ ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُرْتَهِنُ .

٣٢٠٣٨ - **قال أبو عمر** : قَدْ مَضى الكَلَامُ فِي بَابِ القَضاءِ فِي رَهْنِ الثَّمَرِ وَالحَيَوانِ مَا يُغْنِي عَنِ الكَلَامِ فِي مَالِ العَبْدِ .

٣٢٠٣٩ - وَلاَ خِلافَ عَنْ مَالِكٍ فِيهِ ، إِلاَّ أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِيمَا يَسْتَفِيدُهُ العَبْدُ المَرْهُونُ ، هَلْ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ ، أَمْ لاَ ؟

٣٢٠٤٠ - وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ أَيضاً أَصْحابُ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ .

٣٢٠٤١ - وَاتَّفَقَ ابْنُ القَاسِمِ ، وَأَشْهَبُ أَنَّهُ لاَ يَكُونُ مَا يُوهبُ العَبْدُ ، وَلاَ خَرَاجُهُ[1] رَهْناً .

---

(١) في (ي ، س) خراجهم .

وَخَالَفَهُمَا يَحْيَى بْنُ عُمَرَ ، فَقَالَ : ذَلِكَ كُلُّهُ رَهْنٌ مَعَهُ .

٣٢٠٤٢ - **قال أبو عمر** : الصَّوَابُ أَنْ لاَ يَكُونَ الخَرَاجُ ، وَلاَ غَيْرُهُ مِمَّا يَسْتَفِيدُهُ رَهْناً ؛ لأَنَّهُ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ ، لَمْ يتعَاقدْ عَليهِ الرَّهْنُ .

٣٢٠٤٣ - وَقَدِ اتَّفَقَ [العُلَماءُ][1] أَنَّ مالَ العَبْدِ لاَ يدْخلُ فِي البَيْعِ إِلاَّ بِالشَّرْطِ ، وَهِيَ السُّنَّةُ ، فَالرَّهْنُ أَحرى بِذَلِكَ ، وَأَولى .

٣٢٠٤٤ - وَأَمَّا القَضاءُ فِي ارْتِهانِ الرَّجُلَيْنِ ؛ فَقَالَ مَالِكٌ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ .

٣٢٠٤٥ - وَقَالَ أَيضاً : إِذَا ارْتَهَنَ رَجُلانِ بِدَيْنٍ لَهُما عَلى رَجُلٍ دَيْناً وهُما[2] فِيهِ شَرِيكانِ لَمْ يَصِحّ قَضاءُ أَحَدِهِما دُونَ الآخرِ ، وَلاَ يقْبضُ الرَّهْنُ حتَّى يسْتَوفِيَ المُرْتَهِنُ[3] مَالَهُ عَلَيهِ مَا فِيهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونا فِيهِ شَرِيكَيْنِ ، فَإِنَّهُ إِذا قبضَ أَحَدُهُما قبضَ حِصتَهُ .

٣٢٠٤٦ - وَقالَ أَبو حَنِيفَةَ ؛ سَوَاءٌ كَانَا شَرِيكَيْنِ ، أَو غَيْرَ شَرِيكَيْنِ ، لاَ يأْخُذانِ الرَّهْنَ حَتَّى يستوفِيَا جَمِيعَ الدَّيْنِ .

٣٢٠٤٧ - وَقالَ الشَّافعيُّ : يَصِحُّ الرَّهْنُ مِنْ رَجُلٍ لِرَجُلَيْنِ ، وَمِنْ رَجُلَيْنِ لِرَجُلٍ ، وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُما نِصْفُ الرَّهْنِ ، فَإِذا قَضى أَحَدهما نَصِيبَهُ أَخَذَ نَصِيبَهُ مِنَ الرَّهْنِ ،

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) في (ي ، س) : رهناً هما .

(٣) في (ي ، س) : الرهن .

فَإِنْ كانَ الْمُرْتَهِنُ وَاحِداً ، والرَّاهِنانِ اثْنَيْنِ [فَأجر أَحَدهما ، أو قبضَ مِنْهُ حصتَّهُ مِنَ اثْنَيْنِ خَرَجَتْ حِصتَّهُ مِنَ الرَّهْنِ ، وكَذَلِكَ لَو كَانَا رَجُلَيْنِ](١) فَأجر أحدهُما ، أو قبضَ [حِصته](٢) فَنِصفُهُ خَارِجٌ مِنَ الرَّهْنِ ، وَيقَاسمُهُ إِنْ كَانَ مِمَّا يُكالُ أو يُوزَنُ(٣) .

* * * *

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) الأم (٣ : ١٧١) باب « رهن الرجلين الشيء الواحد » .

(١٤) باب القضاء في جامع الرهون[1]

١٤٠٦ – قَالَ مَالِكٌ : فِيمَن ارتَهَنَ مَتَاعاً فَهَلَكَ الْمَتَاعُ عِنْدَ الْمُرتَهِنِ . وأَقَرَّ الَّذي عَلَيْهِ الْحَقُّ بِتَسْمِيَةِ الْحقِّ . وَاجتَمَعَا عَلَى التَّسْمِيَةِ . وَتَدَاعَيَا فِي الرَّهْنِ . فَقَالَ الرَّاهِنُ : قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَاراً . وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ : قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ . وَالحَقُّ الَّذِي للرَّجُلِ فِيهِ عِشْرُونَ دِيناراً . قَالَ مَالِكٌ : يُقَالُ لِلَّذِي بِيدِهِ الرَّهْنُ : صِفْهُ . فَإِذَا وَصَفَهُ ، أُحلِفَ عَلَيْهِ . ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا . فَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِمَّا رُهِنَ بِهِ قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ : ارْدُدْ إِلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةَ حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِمَّا رُهِنَ بِهِ ، أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ بَقِيَّةَ حَقِّهِ مِنَ الرَّاهِنِ ، وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ[2] .

٣٢٠٤٨ – **قال أبو عمر** : هَذا كُلُّهُ مِنْ قَوْلِهِ على أَصْلِهِ فِيمَا يُغابُ عَلَيهِ مِنَ الرُّهُونِ أَنَّهُ عَلى الْمُرْتَهِنِ مَضْمُونٌ ، فَلَما كَانَ مَضْمُوناً عَلَيهِ ، وكَانَ لَهُ دَينُهُ الَّذِي اتَّفَقا عَلى تَسْمِيَتِهِ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ [وَهُوَ تَالِفٌ قَدْ ضَاعَ ، وأَصْلُهُ أَنَّ القَوْلَ فِي صِفَةِ الرَّهْنِ قَولُ الْمُرْتَهِنِ][3] ؛ لأَنَّهُ كَانَ بِيَدِهِ وَثِيقَةٌ بِدَيْنِهِ ، فَصَارَ مُدَّعى عَلَيهِ فِيمَا لاَ يقرُّ بِهِ مِنْ قِيمَتِهِ ، فَوَجَبت اليمينُ[4] عَلَيهِ فِي صِفَتِهِ ، ثُمَّ ضمن تِلْكَ الصِّفَةَ وَتَرادَّا الفَضْلَ فِي ذَلِكَ ؛ لأَنَّهُمَا قَدِ اتَّفَقَا عَلى تَسْمِيَةِ الدَّيْنِ ، وَلَو اخْتَلَفَا فِي مَبلغ الدَّيْنِ كَانَ القَولُ فِيما زَادَ عَلى الرَّهْنِ قَولَ الرَّاهِنِ ؛ لأَنَّهُ مُدَّعى عَلَيهِ .

---

(١) تقدم ضمان الرهن في المسائل السابقة .

(٢) الموطأ : ٧٣١ – ٧٣٢ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٦٥) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) كذا في (ط) ، وفي باقي النسخ : فوجب الثمن .

٣٢٠٤٩ - وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ ، [فَالرَّهْنُ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ](١) عَلَى مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ عَنْهُم وَمَنْ قَالَ كَقَوْلِهِ فَلاَ يضرُّ المُرْتَهِنَ إلى هَلاَكِهِ وَدَينه ، فَإِنَّ على الرَّاهِنِ بِما لِه ، فَإِنِ اتَّفَقَا على مَبلغ الدَّيْنِ ، لَزِمَ الرَّاهِنَ الخُروجُ عَنْهُ وَالأَدَاءُ إلى المُرْتَهِنِ ، وَإِنِ اخْتَلَفَا ، فَالمُرْتَهِنُ مُدَّعٍ فَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُ بيِّنَةٌ ، فَالقَولُ قَولُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِه حِينَئِذٍ ؛ لأَنَّهُ مُدَّعى عَلَيهِ ، وهَذا كُلُّهُ [بيِّنٌ](٢) لاَ إِشْكالَ فِيهِ(٣) .

٣٢٠٥٠ - وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ ، فَالرَّهْنُ عِنْدَهُ بِمَا فِيهِ إِذا هَلَكَ ، وَكَانَتْ قِيمَتُهُ كَالدَّيْنِ(٤) أَو أَكْثَرَ : وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ رَجَعَ المُرْتَهِنِ عَلَى الرَّاهِنِ بِتَمَامِ دَيْنِهِ .

وَبِكُلِّ قَولٍ مِنْ هَذِهِ الأَقْوَالِ قَالَ جَماعَةٌ مِنَ السَّلَفِ قَدْ ذَكَرْنَاهُم فِيما مَضى ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً .

* * *

٣٢٠٥١ - قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي الرَّهْنِ . يَرْهَنُهُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ . فَيَقُولُ الرَّاهِنُ : أَرْهَنْتُكَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ . وَيَقُولُ الْمُرْتَهِنُ : ارْتَهَنْتُهُ مِنْكَ بِعِشْرِينَ دِينَاراً وَالرَّهْنُ ظَاهِرٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ . قَالَ : يُحَلَّفُ الْمُرْتَهِنُ حَتَّى يُحِيطَ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ .

فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ . لاَ زِيَادَةَ فِيهِ وَلاَ نُقْصَانَ عَمَّا حَلَفَ أَنَّ لَهُ فِيهِ ، أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ . وَكَانَ أَوْلَى بِالتَّبْدِئَةِ بِالْيَمِينِ . لِقَبْضِهِ الرَّهْنَ وَحِيَازَتِهِ إِيَّاهُ . إِلاَّ

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) زيادة في (ط) .

(٣) الأم (٣ : ١٦٧) باب « ضمان الرهن » .

(٤) في (ط) : كالرهن .

أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِي حُلِّفَ عَلَيهِ ، وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ .

٣٢٠٥٢ - قَالَ : وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ أَقَلَّ مِنَ الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى . أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى . ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الذي حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَتَأْخُذَ رَهْنَكَ . وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلَى الَّذِي قُلْتَ أَنَّكَ رَهَنْتَهُ بِهِ ، وَيَبْطُلُ عَنْكَ مَا زَادَ الْمُرْتَهِنُ على قِيمَةِ الرَّهْنِ . فَإِنْ حَلَفَ الرَّاهِنُ بَطَلَ ذلِكَ عَنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ لَزِمَهُ غُرْمُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ[1] .

٣٢٠٥٣ - **قال أبو عمر** : هذا بَيِّنٌ كُلُّهُ على مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَصْلِ قَوله ، لاَ خِلافَ عِنْدَ أَصْحَابِهِ ، وَمُنْتَحِلِي مَذْهَبِهِ فِيهِ ، إِلاَّ فِي قَوْلِهِ : أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ على العِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى ، ثُمَّ قِيلَ لِلرَّاهِنِ : إِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلى مَا قُلْتَ ، وَلاَ يَلْزَمُكَ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَةِ رَهْنِكَ ، أَو مبلغِ أَقْرَرْتَ بِهِ مِنَ الدَّيْنِ وَإِمَّا أَنْ يغرمَ مَا حلفَ عَلَيهِ الْمُرْتَهِن ، وَهَذا مَوْضِعٌ اخْتَلَفَ فِيهِ بَعْضُهُمْ .

٣٢٠٥٤ - فَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلى قَولِ مَالِكٍ هَذا .

٣٢٠٥٥ - وَبَعْضُهُمْ قَالَ : قَولُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ فِيمَا زَادَ عَلى قِيمَةِ الرَّهْنِ مِمَّا ادَّعَاهُ الْمُرْتَهِنُ إِنْ لَمْ يُقِمِ الْمُرْتَهِنُ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، وَلاَ يَمينَ عَلَيه إِلاَّ أَنْ يردَّها عَلَيهِ الرَّاهِنُ .

٣٢٠٥٦ - وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ ، فَقَدْ تَقَدَّمَ وَصْفُنَا لِمَذْهَبِهِ فِي أَنَّ الرَّهْنَ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ ، وَمَا ادَّعَاهُ الْمُرْتَهِنُ مِنَ الدَّيْنِ عَلَيهِ فِيهِ البَيِّنَةُ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حلفَ الرَّاهِنُ عَلى مَا أَقَرَّ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيهِ غير ذَلِكَ ، وَلَهُ أَيضاً عِنْدَهُ رَدُّ اليَمِينِ إِنْ شَاءَ على مَا قَدَّمْنَا مِنْ أَصْلِهِ فِي ذَلِكَ أَيضاً[2] .

---

(١) الموطأ (٧٣٢) .

(٢) **الأم** (٣ : ١٦٧) باب « ضمان الرهن » .

٣٢٠٥٧ - وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ ، فَحكَى الطَّحَاوِيُّ عَنْهُم ، قَالَ : القَولُ قَولُ الرَّاهِنِ فِي مِقْدَارِ الدَّيْنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الرَّهْنُ إِذا اخْتَلَفَ هُوَ وَالْمُرْتَهِنُ فِيهِ مَعَ يَمِينِهِ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلى ذَلِكَ أَنَّ طَلَبَ الْمُرْتَهِنِ يَمِينُهُ عَلَيهِ ، وَالقَولُ(١) قَولُ الْمُرْتَهِنِ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ إِذَا ضَاعَ فِي يَدِهِ ، وَاخْتَلَفَ هُوَ وَالرَّاهِنُ فِي قِيمَتِهِ مَعَ يَمِينِهِ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ على ذَلِكَ أَنَّ طَلَبَ الرَّاهِنِ يَمِينُهُ عَلَيهِ ، فَإِنْ حلفَ بَرِئَ ، وَإِنْ نكلَ عَنِ اليمينِ لَزِمَهُ مَا ادَّعَاهُ عَلَيهِ الرَّاهِنُ فيهِ .

٣٢٠٥٨ - **قال أبو عمر** : اتَّفَقَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهما ، وَالثَّوْرِيُّ أَنَّ القَوْلَ قَولُ الرَّاهِنِ إِذَا خَالَفَهُ الْمُرْتَهِنُ فِي مبلغِ مَا [رهنَ](٢) بِهِ الرَّهْن ، وَلَمْ يُراعُوا مبْلغَ قِيمَةِ الرَّهْنِ ؛ لأَنَّ الرَّهْنَ قَدْ يُساوِي مَا رهنَ بِهِ ، وَقَدْ لاَ يُساوِي ، وَالْمُرْتَهِنُ يدَّعي فِيهِ مَا لاَ يقرُّ لَهُ بِهِ الراهِنُ ، فَالقَولُ قَولُ الرَّاهِنِ ؛ لأَنَّهُ مُدَّعًى عَلَيهِ وَالبَيِّنَةُ فِي ذَلِكَ عَلى الْمُرْتَهِنِ ، فَإِنْ لَمْ تكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حلفَ الرَّاهِنُ ، وَأَخذَ رهْنَهُ ، وَادَّعى مَا أَقَرَّ بِهِ .

٣٢٠٥٩ - وَهَذا القَولُ قَولُ إِبْرَاهِيمَ النَّخعيِّ ، وَعَطاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ ، وَإِيَاسَ بْنِ مُعاوِيَةَ وَطَائِفَةٍ .

٣٢٠٦٠ - وَحُجَّةُ مَنْ قَالَ بِهَذا القَولِ إِجْمَاعُهُم عَلى أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ ، وَلَيس عَلَيهِ فِيهِ بَيِّنَةٌ ، فَالقَولُ قَولُهُ ، وَإِجْمَاعُهم أَيضاً على أَنَّ الْمُتبايِعَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ السِّلْعةِ أَنَّهُ لاَ يكُونُ القَولُ قَولَ مَنِ ادعى مِنَ الثَّمَنِ مَا يكُونُ قِيمَةَ السِّلْعَةِ .

٣٢٠٦١ - وَالحُجَّةُ لِمَالِكٍ ، وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ مَا قَالَهُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحاقَ فِي قَولِهِ

---

(١) في (ي ، س) : وأما .

(٢) سقط في (ي ، س) .

عزَّ وجلَّ : ﴿ ولَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] ، قالَ : فَجَعلَ الرَّهْنَ بَدلاً مِنَ الشَّهادَةِ ؛ لأنَّ المُرتَهِنَ أخذَ بِحقِّهِ وثِيقةً لَهُ ، فكَأنَّهُ شاهِدٌ لَهُ ؛ لأنَّهُ يَبْنِي عَلَى مبلغِ الحَقِّ ، فقَامَ مقامَ الشَّاهِدِ إلى أنْ يبلغَ قِيمتَهُ ، ومَا جاوزَ قِيمتَهُ ، فلاَ وثِيقةَ لَهُ فِيهِ ، وكانَ القَولُ فِي ذَلِكَ قولَ الرَّاهِنِ .

٣٢٠٦٢ - وهَذا كُلُّهُ قولُ طَاووسٍ ، والحَسَنِ ، وقَتَادَةَ ، ويَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، وأكثرِ أهْلِ المَدِينَةِ .

* * *

٣٢٠٦٣ - قَالَ مَالِكٌ : فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ ، وتَنَاكَرَا الْحَقَّ ، فقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ : كَانَتْ لِي فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا . وقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ : لَمْ يكُنْ لَكَ فِيهِ إلاَّ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ . وقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ : قِيمَةُ الرَّهْنِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ . وقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ : قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا . قِيلَ لِلَّذِي لَهُ الْحَقُّ : صِفْهُ . فَإذَا وَصَفَهُ ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ . ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا . فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ ، أُحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى . ثُمَّ يُعْطَى الرَّاهِنُ مَا فَضَلَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِمَّا يَدَّعِي فِيهِ الْمُرْتَهِنُ ، أُحْلِفَ عَلَى الَّذِي زَعَمَ أَنَّهُ لَهُ فِيهِ . ثُمَّ قَاصَّهُ بِمَا بَلَغَ الرَّهْنُ . ثُمَّ أُحْلِفَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ . عَلَى الْفَضْلِ الَّذِي بَقِيَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ . بَعْدَ مَبْلَغِ ثَمَنِ الرَّهْنِ . وَذلِكَ أَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ ، صَارَ مُدَّعِياً عَلَى الرَّاهِنِ . فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ عَنْهُ بَقِيَّةُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ ، مِمَّا ادَّعَى فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ . وَإِنْ نَكَلَ ، لَزِمَهُ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ . بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ(١) .

(١) الموطأ : ٧٣٢ - ٧٣٣ ، والموطأ رواية أبي مصعب (٢٩٦٧)

٣٢٠٦٤ - **قال أبو عمر** : هَذا كُلُّهُ مِنْ قَولِهِ : مُكَرَّراً ، وَالْمَعْنى لاَ خَفاءَ فِيهِ عَلى مَنْ لَهُ أدنى فَهْمٍ ، ولاَ مدْخَلَ فِيهِ لِلْكَلامِ عَلَيهِ إلاَّ مكرراً مُعاداً ؛ لأَنَّهُ قَدْ مَضى مَعْنى مَا ذَهَبَ إِلَيهِ مَالِكٌ وَغَيْرُهُ مِنَ العُلَماءِ فِي ذَلِكَ وَاضِحاً غَيرَ مُشْكِلٍ عَلى كُلِّ مُتَأَمِّلٍ ، وَالحَمْدُ للهِ كَثِيراً .

* * *

(١٥) باب القضاء في كراء الدابة والتعدي بها

١٤٠٧ – قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَستكْرِي الدَّابَّة إِلَى الْمَكَانِ الْمُسمّى . ثُمَّ يتَعَدّى ذلِكَ الْمكَانَ وَيَتَقَدَّمُ : إِنَّ رَبَّ الدَّابَّةِ يُخَيَّرُ . فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ كِرَاءَ دَابَّتِهِ إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي تُعُدِّيَ بِهَا إِلَيْهِ ، أُعْطِيَ ذلِكَ ، وَيَقْبِضُ دَابَّتَهُ . وَلَهُ الْكِرَاءُ الأَوَّلُ . وَإِنْ أَحَبَّ رَبُّ الدَّابَّةِ ، فَلَهُ قِيمَةُ دَابَّتِهِ مِنَ المَكَانِ الَّذِي تَعَدَّى مِنْهُ الْمُسْتَكْرِي ، وَلَهُ الْكِرَاءُ الأَوَّلُ . إِنْ كَانَ اسْتَكْرَى الدَّابَّةَ الْبَدْأَةَ . فَإِنْ كَانَ استكراها ذَاهِبًا وَرَاجِعًا ، ثُمَّ تعدى حين بَلغَ البلدَ الّذي اسْتَكْرَى إِلَيْهِ ، فَإِنَّمَا لِرَبِّ الدَّابَّةِ نِصْفُ الْكِرَاءِ الأَوَّلِ . وَذلِكَ أَنَّ الْكِرَاءَ نِصْفُهُ فِي الْبَدَاءَةِ وَنِصْفُهُ فِي الرَّجْعَةِ . فَتَعَدَّي المتعدي بالدَّابَّةِ . وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِلاَّ نِصْفُ الْكِرَاءِ الأَوَّلِ . وَلَوْ أَنَّ الدَّابَّةَ هَلَكَتْ حِينَ بَلَغَ بِهَا الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرَى إِلَيْهِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمُسْتَكْرِي ضَمَانٌ . وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُكْرِي إِلاَّ نِصْفُ الْكِرَاءِ .

قَالَ : وَعَلَى ذلِكَ ، أَمْرُ أَهْلِ التَّعَدِّي وَالْخِلاَفِ ، لِمَا أَخَذُوا الدَّابَّةَ عَلَيْهِ[١] .

٣٢٠٦٥ – ثُمَّ ذكرَ مَسْأَلَةً فِي الْمُقَارِضِ يُخالفُ ، فَيشْتري غيرَ مَا أَمرهُ بِهِ صَاحِبُ المَالِ لِيكُونَ لَهُ الرِّبحُ كُلُّهُ ، وَيضْمنُ رأْسَ المَالِ .

٣٢٠٦٦ – وَالمبضعُ مَعهُ يُخالفُ رَبَّ البضاعَةِ فِيما أَمرَهُ بِهِ ، وَيَتعدَّى لِيضْمنَ البضاعَةَ ، وَيَأْخُذَ رِبْحَها ، فَإِنَّ رَبَّ المَالِ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعاً يُخيَّرُ بَيْنَ أَنْ يضْمنَهُ ، وَبَيْنَ أَنْ يُجِيزَ فعلَهُ ، وَيَكُونَ على شرْطِهِ .

---

(١) الموطأ : ٧٣٣ – ٧٣٤ .

٣٢٠٦٧ - وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي كِتَابِ القِرَاضِ .

٣٢٠٦٨ - وأَمَّا تَعَدِّي المُكْتَرِي بالدَّابَّةِ ، فَإِنَّ[١] أَكْثَرَ أَهْلِ العِلْمِ خَالَفُوا مَالِكاً فِي ذَلِكَ ، وَلَمْ يَجْعَلُوهُ مِنْ بَابِ العَامِلِ فِي القِرَاضِ ، ولاَ المُبْضِعُ مَعَهُ يُخالِفَانِ [مَا أمرَا بِهِ فِي ذَلِكَ .

٣٢٠٦٩ - وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ ، فَقَالَ عَنْهُ المُزنِيُّ : وَلَوِ اكْتَرى دَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلى مرّ فَتَعدى بها][٢] إلى عسفانَ[٣] ، فَعَلَيهِ كِرَاؤُهَا إِلى مرّ ، وَكِرَاءُ مِثْلِها إِلى عسفانَ ، وَعَلَيهِ الضَّمَانُ يَعْنِي - إِنْ عطبَتْ .

٣٢٠٧٠ - وَقالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ : مَنِ اكْتَرى دَابَّةً إِلى مَوْضعٍ ، فَجَاوَزَ ، فَعَلَيهِ الأُجْرَةُ المَذْكُورَةُ ، وأُجْرَةُ المِثْلِ لما جَاوزَ ، وَإِنْ تَلفتْ ، فَعلَيه أَيضاً قِيمتُها .

٣٢٠٧١ - ذَكرَهُ المزنيُّ فِي مُخْتَصرِهِ عَلى مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، وَهَذا كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ سَواءً .

٣٢٠٧٢ - وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحمدٌ فِيمَا ذكرَ الطَّحاوِيُّ عَنْهُم : مَنِ اكْتَرى دَابَّةً إِلى مكانٍ ، فَجَاوَزَ بِها إلى مكانٍ آخرَ كانَ ضَامِناً لَها سَاعَةَ جَاوزَ بِها ، وَكَانَ عَليهِ الأُجْرَةُ ، ولاَ شَيْءَ عَلَيهِ فِي مُجاوزَتِهِ [بِهَا بَعْدَ سَلاَمَتِها ، وَإِنْ عَطبَتْ فِي مُجاوزَاتِهِ بِها كَانَ عَلَيهِ ضَمانُ قِيمَتِها سَاعَةَ تَجَاوزَ بِها][٤] .

٣٢٠٧٣ - **قال أبو عمر** : مَذْهَبُهم أَنَّهُ إِذَا جَاوزَ بِهَا كَانَتْ فِي ضَمَانِهِ إِنْ

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) جاء في (ي ، س) عسقلاني ، وعراق بدلا من عسفان ومرّ ، وكلها أسماء مواضع .

(٤) سقط في (ي ، س) .

سَلِمَتْ ، أَو عَطِبَتْ ، فَلَيْسَ عَلَيهِ أُجْرَةٌ لِمَا هُوَ ضَامِنٌ لَهُ .

٣٢٠٧٤ - وَهَذا خِلافُ ظَاهِرِ القُرْآنِ ، وَظَاهِرِ السُّنَّةِ .

٣٢٠٧٥ - قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ ﴾ [البقرة : ١٨٨] .

٣٢٠٧٦ - وَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ »(١) .

٣٢٠٧٧ - وَالْمُتَعَدِّي بِالدَّابَّةِ إِذَا تَجاوَزَ بِها المَوْضِعَ الَّذِي اكْتَرَاها إِلَيهِ ، فَقَدْ وَجَبَ لِصَاحِبِها عَلَيهِ أُجْرَةُ مِثْلِها فِي ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَرُدَّها إِلَيهِ كَانَ قَدْ أَكَلَ مَالَهُ بَاطِلاً بِغَيرِ طِيبِ نَفْسِهِ ، وَمَنْ لَمْ يُوجِبْ عَلَى الْمُكْتَرِي كِرَاءَ مَا تَعَدَّى فِيهِ بِها ، فَقَدْ أَعْطَاهُ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ ، وَلَيْسَ اعْتِلاَلُهُ بِرَأْيِهِ أَنَّها صَارَتْ فِي ضَمانِهِ بِشَيْءٍ ؛ لأَنَّ اللَّهَ تَعالَى لَمْ يَجْعَلِ الدَّابَّةَ إِذَا سَلِمَتْ فِي ضَمانِ الْمُتَعَدِّي بِها ، وَلاَ رَسُولِهِ ، وَلاَ اتَّفَقَ الجَمِيعُ عَلَيهِ ، بَلِ الجُمْهُورُ يَقُولُونَ : إِذَا اسَلِمَتْ فَلاَ ضَمان عَلَى الْمُكْتَرِي فِيها وَإِنَّما عَلَيهِ كِرَاءُ

---

(١) طرف من حديث طويل في خطبة الوداع رواه أبو حرة الرقاشي عن عمه (رضي الله عنه) ، قال : كنت آخذاً بزمام ناقة رسول الله ﷺ في أوسط أيام التشريق إذ ودعته الناس .. فساق الحديث بطوله ، ومنه قوله ﷺ « .. إِنَّهُ لاَ يَحِلُّ مَالُ امرِىءٍ إِلاَّ بِطِيبِ نفسٍ منه .. » .

رواه الإمام أحمد في مسنده (٥ : ٧٣ - ٧٤) ، والحديث عند البيهقي في سننه الكبرى (٨ : ١٨٢) وأبو حرة عن عمه لم يخرج له أحد من أصحاب الكتب الستة سوى أبو داود ح (٢١٤٥) في كتاب النكاح باب في « ضرب النساء » ، وهو طرف من هذا الحديث الطويل عند أحمد وأبو حرة ضعفه ابن معين ووثقه أبو داود وقال أبو حاتم وغيره : اسمه حنيفة .

قال الحافظ ابن حجر : إنما هو مشهور بكنيته . وقال ابن منده وابن قانع وأبو نعيم والباوردي وجماعة : إن حنيفة اسم عم أبي حرة . وكذا الطبراني في المعجم الكبير ، وقال أبو نعيم وغيره اختلف في اسم أبي حرة فقيل حكيم بن أبي يزيد ، وقيل غير ذلك . انظر التهذيب (٣ : ٦٤) .

المَسَافَةِ الَّتِي تَعَدَّى عَلَيها .

٣٢٠٧٨ - وَقَدْ تَناقَضَ أَبُو حَنِيفَـةَ ، فَقالَ فِيمَنْ تَعَدَّى فِي بِضاعَـةٍ أُبْضِعَتْ مَعَهُ ، فَتَجرَ فِيها : إِنَّهُ لَيْسَ لَهُ الرِّبْحُ ، وَعَلَيهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ ، وَكَذَلِكَ الغَاصِبُ .

٣٢٠٧٩ - وَسَنَذْكُرُ هَذِهِ المَسْأَلَةَ فِي مَوْضِعِها مِنْ هَذا الكِتَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ .

* * *

(١٦) باب القضاء في المستكرهة من النساء(*)

١٤٠٨ – مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ؛ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ قَضَى ، فِي امْرَأَةٍ أُصِيبَتْ مُسْتَكْرَهَةً ، بِصَدَاقِهَا عَلَى مَنْ فَعَلَ ذلِكَ بِهَا .

٣٢٠٨٠ – قَالَ يَحْيَى : سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَغْتَصِبُ الْمَرْأَةَ . بِكْرًا كانَتْ أَوْ ثَيِّبًا . إِنَّهَا إِنْ كَانَتْ حُرَّةً فَعَلَيْهِ صَدَاقُ مِثْلِهَا . وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا . وَالْعُقُوبَةُ فِي ذلِكَ عَلَى الْمُغْتَصِبِ . وَلاَ عُقُوبَةَ عَلَى الْمُغْتَصَبَةِ فِي ذلكَ كُلِّهِ وَإِنْ كَانَ الْمُغْتَصِبُ عَبْداً ، فَذلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ . إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ(١) .

٣٢٠٨١ – **قال أبو عمر** : قَوْلُهُ : والعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ عَلى المُغْتَصِبِ ، قَدْ رَوَاهُ القعنبيُّ كما رَوَاهُ يَحْيَى ، وَلَمْ يَرْوِهِ ابْنُ بكيرٍ(٢) ، وَلاَ ابْنُ القَاسِمِ ، وَلاَ مطرفٌ .

٣٢٠٨٢ – وَرَوَوا كُلُّهم ، وَلاَ عُقُوبَةَ فِي ذَلِكَ عَلى المُغْتَصَبَةِ إِلا القعنبيّ فَلَمْ يروهِ .

٣٢٠٨٣ – وَقَدْ أَجْمَعَ العُلَمَاءُ عَلى أَنَّ [على](٣) المستكره المغتصب الحدّ إِنْ شَهِدَتِ البَيِّنَةُ عَلَيهِ بِما يُوجِبُ الحَدَّ ، أَو أَقَرَّ بِذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، فَعَلَيهِ العُقُوبَةُ ، وَلاَ عُقُوبَةَ عَلَيها إِذَا صَحَّ أَنَّهُ اسْتَكْرَهَها وَغَلَبَها عَلى نَفْسِها ، وَذَلِكَ يُعْلَمُ بِصراخِها

(*) المسألة – ٦٨١ – لا حد على المكرهة باتفاق العلماء لقوله ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ويحد الذي استكرهها .

(١) الموطأ (٧٣٤ – ٧٣٥) ، ورواية أبي مصعب (٢٩٠٩) .

(٢) في (ي ، س) : أبو بكر .

(٣) زيادة متعينة .

وَاسْتِغَاثَتِها ، وَصِيَاحِها ، وَإِنْ كَانَتْ بكْراً فِيمَا يظْهَرُ مِنْ دَمِها ، وَنَحْوها مِمَّا يفْصحُ بِهِ أَمْرِها ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، وَظَهَرَ بِها حَمْلٌ ، وَقَالَتْ : اسْتُكْرِهْتُ ، فَقَدِ اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي ذَلِكَ ، وَنَذْكُرُهُ عِنْدَ قَوْلِ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَوْ كَانَ الحَمْلُ والاعْتِرَافُ فِي كِتَابِ الرَّجْمِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى .

٣٢٠٨٤ - وَلاَ نعلَمُ خِلاَفاً بَيْنَ العُلماءِ أَنَّ المُسْتَكْرَهَةَ لاَ حَدَّ عَلَيها إِذَا صَحَّ اسْتِكْرَاهُها بِما ذَكَرْنَا وَشِبْهِهِ .

٣٢٠٨٥ - حدَّثَنِي سَعِيدُ بْنُ نَصْرٍ ، قالَ : حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أَصْبغ ، قالَ : حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ وضاحٍ ، قَالَ : حَدَّثَنِي أبو بكرِ بْنُ أَبِي شيبةَ ، قالَ : حدَّثني معْمرُ بْنُ سُليمانَ الزينيُّ ، عَنْ حَجَّاجٍ ، عَنْ عَبْدِ الجبارِ بْنِ وائل ، عَنْ أَبِيهِ ، قالَ : اسْتُكْرِهَتِ امْرَأَةٌ عَلى عَهْدِ النَّبيِّ ﷺ فَدرأَ عَنْها الحَدَّ[1] .

٣٢٠٨٦ - وَعَنْ أَبِي بكْرٍ ، وَعُمَرَ ، والخُلفاءِ ، وَفقهاءِ الحِجَازِ ، والعِرَاقِ مِثْلُ ذَلِكَ .

٣٢٠٨٧ - وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي وُجُوبِ الصَّدَاقِ عَلى المُغْتَصِبِ ، فَقالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، والشَّافِعِيُّ : عَلَيهِ الصَّدَاقُ وَالحَدُّ جَمِيعاً .

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود ، ح (١٤٥٣) ، باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا (٤ : ٥٥) . وابن ماجه فيه ، ح (٢٥٩٨) ، باب المستكره (٢ : ٨٦٦) ، من حديث عبد الجبار بن وائل عن أبيه .

وروي معناه من طريق علقمة بن وائل عن أبيه أخرجه أبو داود في الحدود ، ح (٤٣٧٩) ، باب في صاحب الحد يجيء فيقر (٤ : ١٣٤) .

والترمذي فيه ، ح (١٤٥٤) ، باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا (٤ : ٥٦) والنسائي في الرجم (في سننه الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٩ : ٨٧) .

٣٢٠٨٨ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحمدٌ ، وَسُفْيانُ الثوريُّ ؛ عَلَيهِ الحَدُّ ، وَلاَ مَهرَ عَلَيهِ .

٣٢٠٨٩ - وَهُوَ قَولُ ابنِ شبرمَةَ ، لا يجتَمعُ عِندَهُم صَدَاقٌ وَحَدٌّ .

٣٢٠٩٠ - **قال أبو عمر** : هَذَا عَلى مَذاهِبهِم فِي السَّارِقِ أَنَّهُ إِذَا قطعَ لَمْ يَجِبْ عَلَيهِ غُرمٌ .

٣٢٠٩١ - وَمَسْأَلَةُ السَّارِقِ مُختَلَفٌ فِيها أيضاً .

٣٢٠٩٢ - وَالصَّحِيحُ فِي المَسْأَلَتَيْنِ وُجُوبُ الصَّدَاقِ ، وَوُجُوبُ الغُرمِ ؛ لأَنَّ حَدَّ اللَّهِ تَعالى لاَ يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ الآدَمِيِّ وَهُمَا حَقَّانِ وَاجِبانِ ، أَوْجَبَهُما اللَّهُ تَعالى ، وَرَسُولُهُ ، فَلاَ يَضُرُّ اجتِمَاعُهُما .

٣٢٠٩٣ - ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنِ ابْنِ جريجٍ ، قالَ : أَخبَرَنِي ابْنُ شِهابٍ فِي بِكْرٍ افْتُضَّتْ بِصَدَاقِ مِثْلِها مِنَ النِّسَاءِ ، قَالَ : قَضى بِذَلِكَ عَبْدُ المَلكِ بْنُ مَرْوانَ(١) .

٣٢٠٩٤ - قالَ : وَأَخبَرَنا ابْنُ جُرَيجٍ ، قالَ : قُلْتُ لِعَطاءٍ : البكْرُ تُستَكْرَهُ ؟ قَالَ : لَها مِثْلُ صَدَاقِ نِسَائِها .

قَالَ : وَآيَةُ ذَلِكَ أَنْ تَصيحَ أَو أَنْ يُوجَدَ بِها أَثَرٌ .

٣٢٠٩٥ - قَالَ : أَخبَرَنا مَعمرٌ ، عَنِ الزُّهريِّ ، قالَ : مَنِ استَكْرَهَ امرَأَةً بكراً ، فَلَها صَدَاقُها ، وَعَلَيهِ الحَدُّ ، وَلاَ حَدَّ عَلَيها .

٣٢٠٩٦ - قالَ مَعمرٌ : وَقَالَ قتادَةُ : مِثْلُ ذَلِكَ .

٣٢٠٩٧ - قالَ : وَآيَةُ البكرِ تُستَكْرَهُ أَنْ تَصيحَ .

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٤٠٩) ، الأثر (١٣٦٥٩) .

٣٢٠٩٨ - قَالَ : وَالثَّيِّبُ فِي ذَلِكَ مِثْلُ البِكْرِ[١] .

٣٢٠٩٩ - وَذكَرَ أَبو بكرِ بنُ أبي شَيْبَةَ قَالَ : حدَّثَنِي هشيمٌ ، عَنْ أَبِي حرَّةَ ، عَنِ الحَسَنِ ، قالَ : استَكْرَهَ عَبْدٌ امْرَأَةً ، فَوَطِئَها ، فاخْتَصَمَا إِلى الحَسَنِ ، وَهُوَ قَاضٍ يَوْمَئِذٍ ، فَضَرَبَهُ الحَدَّ ، وَقَضى بِالعَبْدِ لِلْمَرْأَةِ[٢] .

٣٢١٠٠ - **قال أبو عمر** : أَسْلَمَهُ سَيِّدُهُ بِجِنايَتِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢١٠١ - وَقَدْ تَقَدَّمَ القَولُ بِما قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَطَائِفَةٌ مِنْ عُلماءِ الكُوفَةِ .

٣٢١٠٢ - ذَكَرَ أَبو بكْرٍ ، قالَ : حَدَّثَنِي شبابةُ بْنُ سوارٍ ، عَنْ شُعْبَةَ ، قَالَ : سَأَلْتُ الحَكَمَ وَحَمَّاداً عَنْ مَمْلُوكٍ انتَزَعَ جارِيَةً ؟ فَقالاَ : عَلَيهِ الحَدُّ ، وَلَيْسَ عَلَيهِ صَدَاقٌ[٣] .

* * *

(١) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٤٠٩ - ٤١٠) .

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٩ : ٥٥١)

(٣) المصنف (٩ : ٥٥١) .

(١٧) باب القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره

١٤٠٨م – قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنِ اسْتَهْلَكَ شَيْئاً مِنَ الْحَيَوَانِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ، أَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ . لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤْخَذَ بِمِثْلِهِ مِنَ الْحَيَوَانِ . وَلاَ يَكُونُ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهُ ، فِيمَا اسْتَهْلَكَ ، شَيْئاً مِنَ الْحَيَوَانِ . وَلكِنْ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ . الْقِيمَةُ أَعْدَلُ ذلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمَا ، فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوض .

قَالَ : وَسَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ ، فِيمَنِ اسْتَهْلَكَ شَيْئاً مِنَ الطَّعَامِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ : فَإِنَّمَا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلَ طَعَامِهِ . بِمَكِيلَتِهِ مِنْ صِنْفِهِ . وَإِنَّمَا الطَّعَامُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ . إِنَّمَا يَرُدُّ مِنَ الذَّهَبِ الذَّهَبَ . وَمِنَ الْفِضَّةِ الْفِضَّةَ . وَلَيْسَ الْحَيَوَانُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ فِي ذلِكَ . فَرَقَ بَيْنَ ذلِكَ السُّنَّةُ ، وَالْعَمَلُ الْمَعْمُولُ بِهِ[١] .

٣٢١٠٣ – **قال أبو عمر** : أَجْمَعَ العُلماءُ لاَخِلاَفَ بَيْنَهُم فِيمَا عَلِمْتُ أَنَّ مَن اسْتَهْلَكَ ذَهَباً ، أَو وَرِقاً ، أَو طَعَاماً مَكِيلاً ، أَو مَوْزُوناً أَنَّهُ عَلَيهِ مِثْلُ مَا اسْتهلكَ مِنْ صِنْفِهِ بِوَزْنِهِ وَكَيْلِهِ عَلى ظَاهِرِ قَولِ اللَّهِ عزَّ وَجلَّ : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ [النحل : ١٢٦] .

٣٢١٠٤ – وَاختَلَفُوا فِيمَنِ اسْتَهْلَكَ شَيْئاً مِنَ الحَيَوانِ :

٣٢١٠٥ – فَقَالَ مِنْهُم قَائِلُونَ : لاَ يُقْضى بِالقِيمَةِ فِي شَيْءٍ مِنَ الأَشْيَاءِ إِلاَّ عِنْدَ عَدَمِ المِثْلِ .

(١) الموطأ : ٧٣٥ ، وانظر أول كتاب « القراض » .

٣٢١٠٦ - وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ : الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَدَاوُدُ ، وَأَصْحَابُهُمْ .

٣٢١٠٧ - وَحُجَّتهم قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ ... ﴾ الآية .

٣٢١٠٨ - وَمِنَ الأَثَرِ مَا حَدَّثنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ ، قَالَ : حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ بكرٍ ، قَالَ : حَدَّثنا أَبُو دَاوُدَ ، قَالَ : حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنَّى ، قَالَ : حَدَّثَنِي خَالِدٌ ، قَالَ أَبُو دَاوُدَ : وَحَدَّثَنِي مُسددٌ ، قَالَ : حَدَّثني يَحْيَى ، جَمِيعاً عَنْ حُمَيدٍ ، عَنْ أَنَسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ مَعَ خَادِمِهَا قَصْعَةً فِيها طَعَامٌ ، قَالَ : فَضربت بِيَدِها ، فكسرتِ القَصْعَةُ .

قَالَ ابْنُ الْمُثَنَّى فِي حَدِيثِهِ : فَأَخَذَ النَّبِيُّ ﷺ الكِسْرَتَيْنِ ، فَضَمَّ إِحْدَاهُمَا إِلَى الأُخْرى فَجَعَلَ يَجْمَعُ فِيها الطَّعَامَ ، وَيَقُولُ : غَارَتْ أُمُّكُم ، كُلُوا فَأَكَلُوا حَتَّى جَاءَتْ قصْعَتَها الَّتِي فِي بَيْتِها ، زادَ ابن الْمُثَنَّى: « كُلُوا » ؛ فأَكَلُوا حتى جَاءَتْ قصْعَتُهَا الَّتِي فِي بَيْتِهَا - ثُمَّ رجعَ إلى لفظ حَدِيثِ مُسددٍ ، وَقالَ : « كُلُوا » ، وَحبسَ الرَّسُولَ والقصْعة حتَّى فَرَغُوا فَدفعَ القصْعَةَ الصَّحِيحَةَ إِلى الرَّسُولِ ، وَحَبسَ المَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ[١] .

٣٢١٠٩ - قَالَ أَبُو دَاوُدَ : وَحَدَّثَنِي مُسددٌ ، [قَالَ : حَدَّثَنِي يَحْيَى ، عَنْ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ ، قالَ : حَدَّثَنِي فُلَيتُ العامريُّ ، قَالَ أَبُو دَاوُدَ][٢] : وَهُوَ أفلت بن خليفة ، عَنْ جَسْرَةَ بنت دَجَاجة ، قَالَتْ : قالت عَائِشَةُ : مَا رَأَيْتُ صَانِعاً طَعَاماً مِثْلَ صَفِيَّةَ ، صَنَعَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ طَعَاماً فَبعَثَتْ بِهِ ، فَأَخذني أَفْكَلٌ ، فَكَسَرْتُ الإِنَاءَ ، فَقُلْتُ : يَارَسُولَ

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب البيوع ، (٣٥٦٧) ، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله (٣ : ٢٩٧) .

وعلقه البخاري في المظالم ، باب إذا كرقصعة أو شيئاً لغيره .

(٢) سقط في (ك) .

اللَّهِ ! مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ ؟ قَالَ : « إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ »(١) .

٣٢١١٠ - وَاحْتَجَّ بِهَذَا كُلُّ مَنْ قَالَ بِالمِثْلِ فِي العُرُوضِ ، وَغَيْرِها ؛ لأَنَّهُ ضَمنَ القَصْعَةَ بِقَصْعَةٍ مِثْلِها ، كَما ضمنَ الطَّعامَ بِطَعامٍ مِثْلِهِ .

٣٢١١١ - وَقَالَ مَالِكٌ ، وَمَنْ تَابَعَهُ : لاَ يُقْضى فِي الحَيَوَانِ مِنَ العُرُوضِ ، وَغَيْرِهِ إِلاَّ بِالقِيمَةِ .

٣٢١١٢ - وَحُجَّتُهم حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى فِيمَنْ أَعْتَقَ شركاً لَهُ فِي عَبْدٍ بِقِيمَةِ حصَّةِ شَرِيكِهِ دُونَ حصَّتِهِ مِنْ عَبْدٍ مِثْلِهِ(٢) .

٣٢١١٣ - **قال أبو عمر** : المِثْلُ لاَ يوصلُ إِلَيْهِ إِلاَّ بِالاجْتِهادِ ، وَكَما أَنَّ القِيمَةَ تُدْرَكُ بِالاجْتِهادِ ، وَقِيمَةُ العَدلِ فِي الحَقِيقَةِ مِثلٌ .

٣٢١١٤ - وَقَدْ قَالَ العِرَاقِيُّونَ فِي قَوْلِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ ﴿ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قتل مِنَ النَّعَمِ ﴾ [المائدة : ٩٥] أَنَّ القِيمَةَ مِثْلٌ فِي هَذا المَوْضِعِ ، فَتَناقَضُوا .

٣٢١١٥ - وَالحَدِيثُ فِي القَضاءِ بِالقِيمَةِ فِي الشِّقْصِ مِنَ العَبْدِ أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِ القَصْعَةِ ، فَهُوَ أَولى أَنْ يمتثلَ ، ويَعملَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

* * *

٣٢١١٦ - قَالَ يَحيَى : وسَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ : إِذَا اسْتُودِعَ الرَّجُلُ مَالاً فَابْتاعَ بِهِ لِنَفْسِهِ وَرَبِحَ فِيهِ . فَإِنَّ ذلِكَ الرِّبْحَ لَهُ . لأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ . حَتَّى يُؤَدِّيَهُ إِلَى صَاحِبِهِ(٣) .

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع ، ح (٣٥٦٨) ، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله (٣ : ٢٩٧ - ٢٩٨) والنسائي في عشرة النساء في سننه الكبرى على ما جاء في تحفة الأشراف (١٢ : ٣٨٧) .

(٢) الحديث مخرج في غير هذا الموضع ، وانظر الفهارس « مَن أعتق شركاً له في عبد .. » .

(٣) الموطأ : ٧٣٥ .

٣٢١١٧ - **قال أبو عمر** : اخْتَلَفَ العُلماءُ في هَذِهِ المَسْأَلَةِ :

٣٢١١٨ - فكانَ رَبِيعَةُ بنُ أبي عَبْدِ الرَّحمنِ ، وَمَالِكُ بْنُ أَنسٍ ، واللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ ، وأَبو يُوسُفَ القَاضِي يَقُولُونَ : إذا رَدَّ المَالَ طَابَ لَهُ الرِّبْحُ غَاصِباً كَانَ المَالَ أو مُستودعاً عِنْدَهُ مُستَعدِّياً فيهِ .

٣٢١١٩ - وكانَ أبو حَنِيفَةَ ، وَزُفَرُ ، وَمُحمَّدُ بْنُ الحَسَنِ يَقُولُونَ : يُؤَدِّي المَالَ ، وَيَتَصَدَّقُ بالرِّبحِ كُلِّهِ ، وَلاَ يطِيبُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ .

٣٢١٢٠ - وَقالَ الأوْزَاعِيُّ : الَّذِي هُوَ أَسْلَمُ لَهُ أَنْ يَتَصدَّقَ بِالرِّبْحِ .

٣٢١٢١ - وَقالَ ابْنُ خواز بنداد : مَنِ اشْتَرى بِدَرَاهِمَ مَغْصُوبَةٍ ، فَربحَ كَانَ الرِّبْحُ لَهُ ، وَيُستَحَبُّ لَهُ فِيما بَيْنَهُ ، وَبَيْنَ اللَّهِ تعالى أَنْ يَتنزَّهَ عَنْهُ ، وَيتصدَّقَ به .

٣٢١٢٢ - وَقالَ الشَّافعيُّ : إِنْ كَانَ اشْتَرى بِالمَالِ بِعَيْنِهِ ، فَالسِّلْعَةُ وَالرِّبْحُ لِرَبِّ المَالِ .

٣٢١٢٣ - وَحكى الرَّبيعُ ، عَنِ الشَّافعيِّ ، قَالَ : إذا اشْتَرى الغَاصِبُ السلْعَةَ بِمَالٍ بِغَيرِ عَيْنِهِ ، ثُمَّ نَقدَ المَالُ المَغْصُوبُ ، أو مَالُ الوَدِيعَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّهَا ، فَالرِّبْحُ لَهُ ، وَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا استهلكَ خَاصَّةً مِنْ مَالِ غَيرِهِ ، وَإِنِ اشْتَرَاهُ بِالمَالِ بِعَيْنِهِ ، فَرَبُّ المَالِ بِالخِيارِ بَيْنَ أَخْذِ المَالِ ، وَالسِّلْعةِ .

٣٢١٢٤ - قَالَ الرَّبيعُ : وَلَهُ فِيها قَولٌ آخَرُ أَنَّ البَيْعَ فَاسِدٌ إذا اشْترى بِالمَالِ المَغْصُوبِ بِعَيْنِهِ .

٣٢١٢٥ - وَرُوِيَ عَنْ أَبي بكرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ الحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ ، وَعَطَاءِ ابْنِ أَبي رَباحٍ مِثْلُ قَولِ مَالكٍ .

٣٢١٢٦ - وَرُوِيَ عَنْ مُجاهِدٍ أَنَّهُ يتصدَّقُ بالرِّبح مِثْلُ قَولِ أبي حَنِيفَةَ .

٣٢١٢٧ - وَقالَتْ طَائِفَةٌ : الرِّبْحُ عَلَى كُلِّ حَالٍ لِرَبِّ المَالِ .

٣٢١٢٨ - [وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أبي حَنِيفَةَ . وَقَالَتْ طَائِفَةٌ ؛ الرِّبْحُ عَلى كُلِّ حَالٍ لِرَبِّ المَالِ](١) .

٣٢١٢٩ - وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ .

٣٢١٣٠ - حدَّثَنِي خَلَفُ بْنُ قَاسِمٍ ، قَالَ : حدَّثني يَعْقُوبُ الماورديُّ ، قَالَ : حدَّثني يُوسُفُ بْنُ يَعْقُوبَ القَاضي ، قَالَ : حدَّثني أَبُو الرَّبيعِ الزهرانيُّ ، قالَ : حدَّثني هشيمٌ عَنْ دَاوُدَ بنِ أبي هِنْدٍ ، عَنْ رَباحِ بْنِ عُبيدَةَ ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ استَّبضعَ بضاعةً ، فَخالَفَ فيها ، فَقالَ ابْنُ عُمَرَ : هُوَ ضَامِنٌ ، فَإِنْ رَبِح فالرِّبْحُ لِرَبِّ المَالِ .

٣٢١٣١ - **قال أبو عمر** : لَمْ يَجْعَلِ ابْنُ عُمَرَ - رضي الله عنه - العَملَ مَعْنى يُوجبُ بِهِ استِحْقَاقَ رِبْحٍ ، ولاَ غَيْرِهِ .

٣٢١٣٢ - وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رضي الله عنه - مَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ الرِّبْحَ لَهُ بِالضَّمانِ .

٣٢١٣٣ - رَوَاهُ مَالِكٌ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ وَعُبيدَ اللَّهِ ابْني عُمَرَ قَفلا مِنْ غَزْوَةٍ فَمرًا بِأَبي مُوسى ، فَأَسْلَفَهما مِنْ بَيْتِ المَالِ ، فَاشْتَرَيَا بِهِ مَتاعاً ، فَحَملاهُ إِلى المَدِينَةِ ، فَرَبِحَا فِيهِ . قالَ عُمَرُ : أَدِّيَا المَالَ وَرِبْحَهُ ، فَقالَ عُبيدُ اللَّهِ : مَا يَنْبَغِي لَكَ هَذا ، لَو هَلَكَ المَالُ ، وَنقصَ ضَمنَّاهُ ، وَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ ، فَأَعادَ القَولَ عُمَرُ

---

(١) من (ك) فقط .

عَلَيْهِمَا ، فَرَاجَعَهُ عُبيدُ اللَّهِ ، فَقالَ لَهُ رَجُلٌ : لَو جَعَلْتَهُ قراضاً يَاأَمِيرَ المُؤْمِنِينَ ؟ قالَ : فَأخذَ عمر رأس المال ونِصْفَ الرِّبْحِ .

٣٢١٣٤ - فَلَمْ يُنْكِرْ عُمَرُ على ابْنِهِ عُبيدِ اللَّهِ قَولَهُ : لَو هَلَكَ المَالُ أو نقصَ ضَمِنَّاهُ ، يَعْنِي فَلِذَلِكَ طَابَ لَنا رِبْحُهُ ، وَدَلَّ على مَا ذَهَبَ إِليهِ مَالِكٌ ، وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ .

٣٢١٣٥ - وَيحتملُ بِأَنْ يكُونَ فَعلَ ذَلِكَ عُقُوبَةً لَهُمَا ؛ لانفِرَادِهِما دُونَ سَائِرِ المُسْلِمِينَ لِمَالٍ مِنْ بَيْتِ المَالِ ، فَشَاطَرَهُمَا فِي ذَلِكَ كَمَا فَعلَ بِعُمَّالِهِ إِذْ شَاطَرَهُم أَمْوَالَهُمْ ، وَاللَّهُ المُسْتَعانُ .

* * *

(١٨) باب القضاء فيمن ارتد عن الإسلام(*)

١٤١١ – مَالِكٌ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ غَيَّرَ

(*) **المسألة – ٦٨٢** – المرتد : هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر ، مثل من أنكر وجود الصانع الخالق ، أو نفى الرسل ، أو كذب رسولاً ، أو حلل حراماً بالإجماع كالزنا واللواط وشرب الخمر والظلم ، أو حرم حلالاً بالإجماع كالبيع والنكاح ، أو نفى وجوب مجمع عليه ، كأنه نفى ركعة من الصلوات الخمس المفروضة ، أو اعتقد وجوب ما ليس بواجب بالإجماع ، كزيادة ركعة من الصلوات المفروضة ، أو وجوب صوم شيء من شوال ، أو عزم على الكفر غداً ، أو تردد فيه .

ومثالا لفعل المكفر : إلقاء مصحف أو كتاب حديث نبوي على قاذورة ، أو سجود لصنم أو شمس .

اتفق العلماء على وجوب قتل المرتد ، لقوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » وقوله عليه السلام : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد ، وكذا تقتل المرأة المرتدة عند جمهور العلماء غير **الحنفية** ، بدليل : « أن امرأة يقال لها : أم مروان ارتدت عن الإسلام ، فبلغ أمرها إلى النبي ﷺ فأمر أن تستتاب ، فإن تابت وإلا قتلت » .

وقد وقع في حديث معاذ : أن النبي ﷺ لما أرسله إلى اليمن ، قال له : أيما رجل ارتد عن الإسلام فادعه ، فإن عاد ، وإلا فاضرب عنقه ، وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام ، فادعها . فإن عادت ، وإلا فاضرب عنقها » .

قال الحافظ بن حجر : « وإسناده حسن ، وهو نص في موضوع النزاع ، فيجب المصير إليه » .

وقال **الحنفية** : لا تقتل المرأة المرتدة ، ولكنها تجبر على الإسلام ، وإجبارها يكون بالحبس إلى أن تسلم أو تموت ؛ لأنها ارتكبت جرماً عظيماً ، وتضرب في كل ثلاث أيام مبالغة في الحمل على الإسلام ، ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء للشبهة ، ودليلهم على عدم جواز قتل المرأة المرتدة هو قوله ﷺ : « لا تقتلوا امرأة » ، وفي حديث صحيح آخر أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ؛ ولأن القتل لدفع شر الحرابة لا بسبب الكفر ، إذ جزاؤه أعظم من القتل عند الله تعالى ، فيختص القتل لمن يتأتى منه المحاربة ، وهو الرجل دون المرأة لعدم صلاحية بنيتها . =

دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ »(١) .

٣٢١٣٦ - هكذا رَوى هَذا الحَديثَ جَماعَةُ رُوَاةِ « المُوَطَّإِ » [عَنْ مَالِكٍ] مُرْسَلاً .

= أما الاستتابة قبل القتل : فيستحب عند **الحنفية** أن يستتاب المرتد ويعرض عليه الإسلام ؛ لاحتمال أن يسلم ، لكن لا يجب ؛ لأن دعوة الإسلام قد بلغته ، فإن أسلم فمرحباً به ، وإن أبى نظر الإمام في شأنه : فإن تأمل توبته أو طلب هو التأجيل ، أجله ثلاثة أيام ، فإن لم يتأمل توبته ، أو لم يطلب هو التأجيل ، قتله في الحال ، بدليل ماروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه : « أنه قدم على رجل من جيش المسلمين ، فقال : هل عندكم من مغربة خبر ؟ قال : نعم ، رجل كفر بالله تعالى بعد إسلامه ، فقتلناه ، فقال عمر : هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام ، وأطعمتموه في كل يوم رغيفاً لعله يتوب ، ثم قال : اللهم إني لم أحضر ولم آمر ، ولم أرض » إلا أن الكمال بن الهمام قال : لكن ظاهر تبري عمر يقتضي الوجوب ، وكيفية توبة المرتد : أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام ، ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه ، لحصول المقصود به ، وتكون توبة المرتد وكل كافر بإتيانه بالشهادتين .

وقال جمهور العلماء : تجب استتابة المرتد والمرتدة قبل قتلهما ثلاث مرات ، بدليل حديث أم مروان السابق ذكره ، وثبت عن عمر وجوب الاستتابة ، ولا يعارض هذا : النهي عن قتل النساء الذي استدل به **الحنفية** ؛ لأن ذلك محمول على الحربيات ، وهذا محمول على المرتدات .

والخلاصة : أنه يعرض الإسلام استحباباً عند **الحنفية** ، ووجوباً عند غيرهم على المرتد ، فإن كانت له شبهة كشفت له ، إذ الظاهر أنه لا يرتد إلا من له شبهة ، ويحبس ثلاثة أيام ندباً عند **الحنفية** ، ويعرض عليه الإسلام في كل يوم ، فإن أسلم فيها ، وإن لم يسلم قتل ؛ لحديث : « من بدل دينه فاقتلوه » .

وانظر في هذه المسألة : بدائع الصنائع (٧ : ١٣٤) ، فتح القدير (٤ : ٣٨٥) ، اللباب شرح الكتاب : ١٤٩/٤ ، بداية المجتهد : ٤٤٨/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٠٤/٤ ، مغني المحتاج : (٤ : ١٣٩) وما بعدها ، المغني : ١٢٤/٨ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٣٥٨/٣ ، الدر المختار : (٣ : ٣١١) ، الفقه الإسلامي وأدلته (٦ : ١٨٧) .

(١) الموطأ (٢ : ٧٣٦) ، ورواية أبي مصعب (٢٩٨٧) وانظر : التمهيد (٥ : ٣٠٤) وما بعدها .

٣٢١٣٧ - وَقَدْ رُوِيَ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ إِسْنَادٌ مُنْكَرٌ عَنْ نَافِعٍ ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ، لا يصحُّ بِهِ .

٣٢١٣٨ - وَالصَّحِيحُ فِيهِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَوَاهُ حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ ، وَابْنُ عُلَيَّةَ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ ، فَاقْتُلُوهُ »[1].

٣٢١٣٩ - وَظَاهِرُ هَذَا الحَدِيثِ يُوجِبُ عَلَى كُلِّ حَالٍ مَنْ غَيَّرَ دِينَ الإِسْلَامِ ، أَو بَدَّلَهُ ، فَلْيُقْتَلْ ، وَيُضْرَبْ عُنُقُه ، إِلاَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ قَالُوا : إِنَّهُ يُسْتَتَابُ ، فَإِنْ تَابَ ، وَإِلاَّ قُتِلَ ، فَكَأَنَّ الحَدِيثَ عِنْدَهُم خَرجَ عَلَى مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ ، وَتَمَادى عَلى ذَلِكَ ، وَلَمْ يصْرِفْ عَنْهُ ، كَما خرجَ أيضاً عَلى دِينِ الإِسْلامِ دُونَ غَيْرِهِ .

* * * *

٣٢١٤٠ - قَالَ مَالِكٌ : وَمَعْنَى قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، مَنْ غَيَّر دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ ، أَنَّهُ مَنْ خَرَجَ مِنَ الإِسْلَامِ إِلَى غَيْرِهِ ، مِثْلُ الزنادقةِ وَأَشْبَاهِهِم ، فَإِنَّ أُولئكَ إِذَا ظُهِرَ عَلَيْهِم ، قُتِلُوا وَلَمْ يُسْتَتابُوا ؛ لأَنَّهُ لاَ تُعرفُ توبَتُهُم ، وَأَنَّهُمْ كَانُوا يُسِرُّون الكفرَ ويعلنُون الإِسْلامَ ، فَلا أَرَى أَنْ

---

(١) رواه البخاري في الجهاد ، باب « لا يعذب بعذاب الله » فتح الباري (٦ : ١٤٩) ، وأعادة في أول كتاب استتابة المرتدين ، باب حكم المرتد والمرتدة ، وأخرجه أبو داود في كتاب الحدود في أول الكتاب ح (٤٣٥١) ، باب الحكم فيمن ارتد (٤ : ١٢٦) ، وأخرجه الترمذي في الحدود ح (١٤٥٨) ،باب ما جاء في المرتد (٤ : ٥٩) . وأخرجه النسائي في المحاربة ، باب الحكم في المرتد ، وأخرجه ابن ماجه في الحدود ح (٢٥٣٥) ، باب المرتد عن دينه (٢ : ٨٤٨) وهو في سنن البيهقي الكبرى (٨ : ١٩٥) .

يُسْتَتَابَ هؤلاء ، وَلاَ يقبلُ مِنْهُم قَولُهُمْ ، وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ مِنْ الإِسْلاَمِ إلى غيره وَأَظْهَرَ ذلِكَ ، فَإِنَّهُ يُسْتَتَابُ ، فَإِنْ تَابَ ، وَإِلاَّ قُتِلَ ، وَذلِكَ ، لَوْ أَنَّ قَوْماً كَانُوا عَلَى ذلِكَ ، رَأَيْتُ أَنْ يُدْعَوْا إِلَى الإِسْلاَمِ وَيُسْتَتَابُوا ، فَإِنْ تَابُوا قُبِلَ ذلِكَ مِنهُمْ . وَإِنْ لَمْ يَتُوبُوا قُتِلُوا ، وَلَمْ يُعْنَ بِذلِكَ ، فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، مَنْ خَرَجَ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ إِلَى النَّصرَانِيَةِ ، وَلاَ مِنَ النَّصرَانِيَةِ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ ، وَلاَ مَنْ يُغَيِّرُ دِينَهُ مِنْ أَهْلِ الأَدْيَانِ كُلِّهَا ، إِلاَّ الإِسْلاَمَ ، فَمَنْ خَرَجَ مِنَ الإِسْلاَمِ إِلَى غَيْرِهِ ، وَأَظْهَرَ ذلِكَ ، فَذلِكَ الَّذِي عُنِيَ بِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ(١) .

٣٢١٤١ - **قال أبو عمر** : عَلَى هَذا جَماعَةُ العُلماءِ فِيمَنْ خَرَجَ مِنْ دِينِ اليَهُودِيَّةِ إِلى النَّصرَانِيَّةِ ، أَو مِنَ النَّصرَانِيَّةِ إلى اليَهُودِيَّةِ ، أو المَجُوسِيَّةِ [أَنَّهُ لاَ يقتلُ إِنْ كَانَ ذِمِّيًا ، وَلَهُ ذِمتهُ ؛ لأَنَّ النَّصرَانِيَّةَ ، وَاليَهُودِيَّةَ ، وَالمَجُوسِيَّةَ أَديَانٌ](٢) ، قَدْ جَاءَ القُرآنُ والسُّنَّةُ بِأَنْ يقرَّ أَهْلها ذمَّة إِذا بَذَلُوا الجِزْيَةَ ، وَأَعْطوها لِلْمُسْلِمينَ عَلى ذَلِكَ ، لاَ خِلافَ بَيْنَ العُلماءِ فِيما وَصَفْنا .

٣٢١٤٢ - إِلاَّ أَنَّ الشَّافِعِيَّ قالَ : إِذَا كانَ المُبَدِّلُ لِدِينِهِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ كَانَ للإِمام أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ بَلَدِهِ ، وَيَلْحقَهُ بِأَرْضِ الحَرْبِ ، وَجازَ لَهُ استِحْلاَلُ مَالِهُ مع أَمْوَالِ الحَرْبِيِّينَ إِنْ غلبَ عَلى الدَّارِ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما جعلَ لَهُ الذِّمَّة على الدينِ الَّذِي كَانَ عَلَيهِ فِي حِينِ عقْدِ العَهْدِ لَهُ .

٣٢١٤٣ - هكَذا حكاهُ المزنيُّ(٣) وَغَيرُهُ مِنْ أَصْحابِهِ عَنْهُ ، وَهُوَ المَعْرُوفُ مِنْ مَذْهَبِهِ .

---

(١) الموطأ : ٧٣٦ .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) في مختصره : ٢٦١ ، باب المرتد .

٣٢١٤٤ - وَحكى عَنْهُ مُحمدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الحكَمِ أَنَّ الذِّمِّيَّ ، إِذَا خرج مِنْ دِينٍ إِلى دِينٍ كانَ للإِمامِ قَتْلُهُ ، بِظَاهِرِ الحَدِيثِ : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ ، فَاقْتُلُوهُ » .

٣٢١٤٥ - وَالمَشْهُورُ عَنِ الشَّافِعِيِّ مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ مِنْ رِوَايَةِ المزنيِّ ، وَالرَّبيعِ عَنْهُ(١) .

٣٢١٤٦ - **قال أبو عمر** : وَوَجْهُ رِوَايَةِ مُحمدٍ عَنْهُ أَنَّ الذِّمِّيَّ قَبْلَ أَنْ تُعْقَدَ لَهُ الذِّمَّةُ حَلالُ الدَّمِ ، ثُمَّ صَارَتْ لَهُ الذِّمَّةُ بِما عقدَ لَهُ الإِمَامُ مِنَ العَهْدِ عَلى أَنْ يقرَّهُ عَلى ذَلِكَ الدِّينِ إِذا بَذَلَ الجِزْيَةَ ، فَلمَّا خَرجَ عَنِ الدِّينِ الَّذِي عُقِدَتْ لَهُ الذِّمَّةُ عَلَيهِ عَادَ حُكْمُهُ إِلى حُكْمِ الحَرْبِيِّ ، فَجازَ قَتْلُهُ ، وَهَذَا وَجْهٌ مُحتَملٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢١٤٧ - وَاخْتَلَفَ الصَّحابَةُ ، وَمَنْ بَعْدَهُمْ - رضي الله عنهم - فِي اسْتِتَابَةِ المُرْتَدِّ :

٣٢١٤٨ - فَقالَ بعْضُهم : يُسْتَتَابُ مَرَّةً وَاحِدَةً فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ سَاعَةً وَاحِدَةً ، فَإِنْ تَابَ ، وَانْصَرفَ إِلى الإِسْلَامِ ، وَإِلاَّ قُتِلَ .

٣٢١٤٩ - [وَقالَ آخرُونَ : يُسْتَتَابُ شَهرا](٢) .

٣٢١٥٠ - وَقالَ آخرُونَ : يُسْتَتَابُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ عَلى مَا رُوِيَ عَنْ عُمرَ(٣) ،

---

(١) التمهيد (٥ : ٣١٢) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) عن الفاروق عمر أنه يستتاب ثلاثة أيام على ما سيأتي في الحديث التالي (١٤١٢) ، وفي رواية أنه يستتاب أبداً ولا يقتل ، قال أنس بن مالك بعثني أبو موسى الأشعري بفتح تستر إلى عمر ، فسألني عمر ، وكان ستة نفر من بني بكر بن وائل قد ارتدوا عن الإسلام ، ولحقوا بالمشركين ، فقال : ما فعل النفر من بكر بن وائل ؟ قال : فأخذت في حديث آخر لأشغله عنهم ، فقال : ما فعل النفر من بكر ابن وائل ؟ قلت : ياأمير المؤمنين ، قوم ارتدوا عن الإسلام ، ولحقوا بالمشركين ، =

وَعُثْمانَ[١] ، وَعَلِيٌّ[٢] ، وَابْنِ مَسْعُودٍ[٣] – رحمةُ اللَّهِ عَلَيهم .

٣٢١٥١ – ولَمْ يستتبِ ابنُ مَسْعُودٍ ابنَ النواحةِ وَحْدَهُ ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذْ جَاءَهُ مِنْ عِنْدِ مُسَيْلَمَةَ : « لَولاَ أَنَّكَ رَسُولٌ لَقَتَلْتُكَ » فَقالَ لَهُ ابْنُ مَسْعُودٍ : إِذ أَظْهرت الردة أَنْتَ اليَومَ لَسْتَ بِرَسُولٍ فَقَتَلَهُ ، وَاسْتَتابَ غَيْرَهُ[٤] .

= ما سبيلهم إلا القتل ، فقال عمر : لأن أكون أخذتهم سلماً أحب إلي مما طلعت عليه الشمس من صفراء أو بيضاء ، قال ، قلت : ياأمير المؤمنين ما كنت صانعاً بهم لو أخذتهم ؟ قال : كنت عارضاً عليهم الباب الذي خرجوا منه أن يدخلوا فيه ، فان فعلوا ذلك قبلت منهم ، وإلا استودعتهم السجن . مصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٦٥) ، وسنن البيهقي (٨ : ٢٠٧) ، والمحلى (١١ : ١٣٨ ، ١٩١) .

(١) كان عثمان رضي الله عنه لا يقيم الحد عن المرتد حتى يستتاب ثلاثاً ، فإن أصرَّ على ردته قتل مصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٦٤) ، وخراج أبي يوسف : ٢١٤ ، وسنن البيهقي (٨ : ٢٠٦) ، والمحلى (١١ : ١٩٠) ، والإشراف (٢ : ٢٣٨) .

(٢) الروض النضير (٤ : ٦٥٢) ، والمغني (٨ : ١٢٤) ، ومصنف عبد الرزاق (٦ : ١٠٤) ثم (١٠ : ١٦٩ ، ٣٣٩) ، والمحلى (١١ : ١٩٠ ، ١٩٧) .

(٣) أثر عنه قوله : المرتد يُستتاب ، فإن لم يتب يُقتل . مصنف عبد الرزاق (٦ : ١٠٥) ، وانظر الحاشية التالية .

(٤) انظره في التمهيد (٥ : ٣٠٦) . وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٦ : ٢٦١) وعزاه للطبراني ، ورجاله رجال الصحيح .

عن حارثة بن مضرب قال : صليت الغداة – الصبح – مع ابن مسعود ، فلما سلم قام إليه رجل فأخبره أنه انتهى إلى مسجد بني حنيفة ؛ مسجد عبد الله بن النواحة فسمع مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله وأن مسيلمة الكذاب رسول الله ، وفي رواية : وسمعهم يقرأون شيئاً لم ينزله الله « الطاحنات طحناً ، العاجنات عجناً ، الخابزات خبزاً ، اللاقمات لقماً » وأنه سمع أهل المسجد على ذلك ، فقال عبد الله : من هاهنا ، فوثب ناس ، فقال : علي بابن النواحة وأصحابه ، فجيئ بهم وأنا جالس فقال ابن مسعود لابن النواحة : أين ماكنت تقرأ من القرآن ؟! قال – ابن النواحة – كنت أتقيكم به ، قال : فتب ، فأبى ، فأمر به قرظة بن كعب الأنصاري فأخرجه إلى السوق فضرب رأسه ، قال فسمعت عبد الله يقول : من سره أن ينظر إلى ابن النواحة قتيلاً في السوق =

١٤١٢ - وروى مَالِكٌ فِي هَذا البَابِ مِنَ « المُوَطَّإِ » عَنْ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ ، عَنْ أَبِيهِ ؛ أَنَّهُ قَالَ : قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ قِبَلِ أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ ، فَسَأَلَهُ عَنِ النَّاسِ ، فَأَخْبَرَهُ ، ثُمَّ قَالَ لَهُ عُمَرُ : هَلْ كانَ فِيكُمْ مِنْ مُغَرِّبَةِ خبَرٍ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ ، رَجُلٌ كَفَرَ بعْدَ إِسْلاَمِهِ ، قَالَ : فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ ؟ قَالَ : قَرَّبْنَاهُ ، فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ ، فَقَالَ عُمَرُ : أَفَلاَ حَبَسْتُمُوهُ ثَلاَثاً ، وَأَطْعَمْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفاً ، وَاسْتَتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيُرَاجِعُ أَمْرَ اللَّهِ ؟ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ : اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَحْضُرْ ، وَلَمْ أَرْضَ ، إِذْ بَلَغَنِي(١) .

٣٢١٥٢ - وَحدَّثني خَلَفُ بْنُ قَاسِمٍ ، قَالَ : حدَّثني ابْنُ أَبي العقيب ، قَالَ : حدَّثني أَبُو زُرْعَةَ ، قَالَ : حدَّثني أَحْمَدُ بْنُ خَالِدٍ ، قَالَ : حَدَّثني مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحاقَ عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عبدِ القَارِيِّ عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : قَدِمَ وَفْدُ أَهْلِ البَصْرَةِ عَلى عُمَرَ ، فَأَخبرُوهُ بِفَتْحِ تستر ، فَحمدَ اللَّهَ ، ثُمَّ قَالَ : هَلْ حَدَثَ فِيكُم حَدَثٌ ؟ فَقَالُوا : لاَ وَاللَّهِ يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ إِلاَّ رَجُلٌ ارْتَدَّ عَنْ دِينِهِ ، فَقَتَلْنَاهُ ، قَالَ :

= فليخرج فلينظر إليه ، قال حارثة : فكنت فيمن خرج فإذا هو قد جرد .

ثم إن ابن مسعود استشار الناس في أولئك النفر ، فأشار عليه عدي بن حاتم بقتلهم ، فقام جرير والأشعث فقالا : بل استتبهم وكفلهم عشائرهم ، فاستتابهم فتابوا ، فكفلهم عشائرهم .

مصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٦٨ - ١٦٩) ، وسنن البيهقي (٨ : ٢٠٦) ، ومجمع الزوائد (٦ : ٢٦١) ، وعزاه للطبراني ، وقال : رجاله رجال الصحيح ، والمغني (٨ : ١٢٧) ، و**التمهيد** (٥ : ٣٠٦) .

(١) الموطأ : ٧٣٧ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٨٦) ومصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٦٥) ، وسنن البيهقي (٨ : ٢٠٧) ، وخراج أبي يوسف : ٢١٤ ، والمغني (٨ : ١٢٥) ، والمحلى (١١ : ١٩١) .

وانظر **التمهيد** أيضاً (٥ : ٣٠٦ - ٣٠٧) .

وَيْلَكُمْ ، أعجزتُم أَنْ تطينوا عليه بَيْتاً ثَلاثاً ، ثُمَّ تلقوا إِليهِ كُلَّ يومٍ رَغِيفاً ، فَإِنْ تَابَ قَبِلْتُمْ مِنْهُ ، وَإِنْ أَقامَ كُنتُمْ قَدْ أَعْذَرتُمْ إِلَيهِ ، اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَشْهَدْ ، وَلَمْ آمُرْ ، وَلَمْ أَرْضَ إِذْ بَلَغَنِي(١) .

٣٢١٥٣ - وَرَوَاهُ ابنُ عُيَيْنَةَ ، فَقَالَ فِيهِ : عَنْ مُحمدِ بنِ عَبْدِ الرَّحمنِ ، عَنْ أَبِيهِ .

٣٢١٥٤ - وَقَولُ مَالِكٍ ، وَابْنِ إِسْحاقَ الصَّوَابُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى .

٣٢١٥٥ - وَرَوى [دَاوُدُ](٢) بنُ أَبي هِنْدٍ ، عَنِ الشَّعبيِّ ، عَنْ أَنسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ نَفراً مِنْ بكرِ بْنِ وَائِلٍ ارتَدُّوا عَنِ الإِسْلامِ يومَ تَسْتُر ، فَلحقُوا بالمُشْرِكِينَ ، فَلمَّا فُتِحَتْ قُتِلُوا فِي القِتَالِ ، قَالَ : فَأَتَيتُ عُمَرَ بِفَتْحِها ، فَقالَ : مَا فَعلَ النَّفَرُ مِنْ بكرِ بْنِ وائلٍ ؟ فَعرضْتُ عَنْ حَدِيثِهِ لأشْغَلَهُ عَنْ ذِكْرِهِمْ ، فقالَ : لاَ . مَا فَعلَ النَّفَرُ مِنْ بكرِ بْنِ وَائلٍ ؟ فَقُلْتُ : قُتِلُوا ، قَالَ : لأنْ أَكُون [كُنْتَ](٣) أَخذْتَهم سلماً أَحَبُّ إِليَّ مِمَّا طلعَتْ عَلَيهِ الشَّمْسُ مِنْ صَفْراءَ وَبَيْضَاءَ ، قُلْتُ : وَهَلْ كَانَ سَبِيلُهُم إِلاَّ القَتْلِ ؟ ارتَدوا عَنِ الإِسْلامِ ، وَلحقُوا بِالمُشرِكينَ ، قالَ : كُنْتُ أَعْرِضُ عَلَيهم أَنْ يَدْخُلُوا فِي البَابِ الَّذِي خَرَجُوا مِنْهُ ، فَإِنْ قَبِلُوا قبلْتُ مِنهُم ، وَإِلاَّ استَوْدَعْتُهم السِّجْنَ(٤) .

٣٢١٥٦- **قال أبو عمر** : يَعْنِي استَوْدَعْتُهم السِّجْنَ حَتَّى يَتُوبُوا ، فَإِنْ لَمْ يَتُوبُوا قُتِلُوا ، هَذا لاَ يَجُوزُ غَيْرُهُ ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ ، فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ » .

٣٢١٥٧ - وَروى عَبادة ، عَنِ العَلاءِ أَبي مُحمدٍ أَنَّ عَليًا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَخَذَ

---

(١) **التمهيد** (٥ : ٣٠٧) .

(٢) في (ط ، ك) فقط .

(٣) في (ط) فقط .

(٤) **التمهيد** (٥ : ٣٠٧ - ٣٠٨) ، المحلى (١١ : ٢٢٩) ، نيل الأوطار (٧ : ٢٠٢) .

رَجُلاً مِنْ بكرِ بْنِ وَائِلٍ تَنَصَّرَ بَعْدَ الإسْلامِ ، فَعرضَ عَلَيهِ الإِسْلامَ شَهْراً ، فَأَبى ، فَأَمَرَ بِقَتْلِهِ(١) .

٣٢١٥٨ - وَذَكرَ أَبُو بَكْرٍ ، قالَ : حَدَّثَنِي حفصُ بْنُ غياثٍ ، عَنْ أَشْعثَ ، عَنِ الشعبيِّ ، قالَ : قَالَ عَلِيٌّ : يُسْتَتابُ المُرْتَدُّ ثَلاثاً ، فَإِنْ عادَ قُتِلَ(٢) .

٣٢١٥٩ - وَرَوَى أَبُو مُعَاوِيَةَ عَنِ الأَعْمَشِ عَنْ أَبِي عَمْرٍو الشَّيْبانيِّ أَنَّ عَلِيًّا أَتَى بِالمسْتَوردِ العجليِّ ، وَقَدِ ارْتَدَّ عَنِ الإِسْلامِ ، فَاسْتَتَابَهُ ، فَأَبَى أَنْ يَتُوبَ ، فَقَتَلَهُ(٣) .

٣٢١٦٠ - وَقَدْ ذَكَرْنا فِي « التَّمْهِيدِ » مِنْ هذهِ الآثارِ كَثِيراً .

٣٢١٦١ - وَلاَ أَعْلَمُ بَيْنَ الصَّحابَةِ خِلافاً فِي اسْتِتَابَةِ المُرْتَدِّ ، فَكَأَنَّهُم فهِمُوا مِنْ قَولِ النَّبيِّ ﷺ : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ » أَيْ بَعْدَ أَنْ يُسْتَتابَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢١٦٢ - إِلاَّ حَدِيثَ مُعاذٍ مَعَ أَبِي مُوسى ، فَإِنَّ ظَاهِرَهُ القَتْلُ دُونَ اسْتِتَابَةٍ ، وَقَدْ قِيلَ إِنَّ ذَلِكَ المُرْتَدَّ قَدْ كَانَ اسْتُتِيبَ .

٣٢١٦٣ - رَوَاهُ يَحْيَى القَطَّانُ وَغَيرُهُ ، عَنْ قرَّةَ بْنِ خَالِدٍ ، عَنْ حُمَيدِ بْنِ هِلالٍ ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ ، عَنْ أَبِي مُوسى الأَشْعَرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعْمَلَهُ عَلى اليَمَنِ ، ثُمَّ أَتْبَعَهُ مُعاذَ بْنَ جَبَلٍ ، فَوَجَدَ عِنْدَهُ رَجُلاً مُقَيَّداً بِالحَدِيدِ ، فَقالَ : مَا شَأْنُ هَذَا ؟ فَقالَ : كَانَ يَهُودِيا فَأَسْلَمَ ، وَارْتَدَّ ، وَرَاجَعَ دِينَهُ دِينَ السَّوءِ ، فَقالَ مُعاذٌ : لاَ أَنزلُ حَتَّى يقتلَ ،

---

(١) مصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٤٦) ، **التمهيد** (٥ : ٣٠٨ - ٣٠٩) ، وانظر المصنف أيضاً (٦ : ١٠٥) ، والمحلى (١١ : ٢٣٠) .

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (١٢ : ٢٧٣) .

(٣) مصنف عبد الرزاق (٦ : ١٠٥) ، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه ، وانظره في **التمهيد** (٥ : ٣٠٨) ، والمحلى (١١ : ٢٣٠) .

قَضاءُ اللَّهِ وَرَسُولِهِ[1] .

٣٢١٦٤ - وَرُوِيَ هَذا الحَدِيثُ مِنْ وُجُوهٍ عَنْ أَبي مُوسى إِلاَّ أَنَّ بَعْضَهُمْ قالَ فِيهِ : قَدْ كانَ اسْتُتِيبَ قَبْلَ ذَلِكَ أَيَّاماً .

٣٢١٦٥ - ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ ، قالَ : حدَّثني عبادُ بْنُ العوامِ ، عَنْ سَعِيدٍ ، عَنْ قَتادَةَ ، عَنْ حُمَيدِ بْنِ هلالٍ أَنَّ مُعاذاً لَمَّا أَتى أَبا مُوسى ، وَعِنْدَهُ رَجُلٌ يَهُودِيٌّ ، فَقالَ : ما هَذا ؟ قالَ : يَهُودِيٌّ أَسْلَمَ ، ثُمَّ ارتَدَّ ، وَقَدِ اسْتَتابَهُ أَبُو مُوسى شَهْرَيْنِ ، فَقالَ مُعاذٌ : لاَ أَجْلِسُ حَتَّى أَضْرِبَ عُنُقَهُ .

٣٢١٦٦ - وَاحْتَجَّ مَنْ لَمْ يَرَ الاسْتِتابَةَ بِحَدِيثِ مُعاذٍ هَذا .

٣٢١٦٧ - وَاحْتَجُّوا أَيضاً بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ يَومَ فَتْحِ مَكَّةَ بِقَتْلِ قَومٍ ارْتَدُّوا

---

(١) **التمهيد** (٥ : ٣١٩) ، وأخرجه البخاري في الأحكام ح (٧١٥٦ ، ٧١٥٧) ، باب الحاكم يحكم بالقتل على مَنْ وجب عليه دون الإمام الذى فوقه الفتح (١٣ : ١٣٤) .
وأعاده في الإجارة ، باب في الإجارة . وفي استتابة المرتدين باب حكم المرتد والمرتدة .
ومسلم في كتاب المغازي ، ح (٤٦٣٧) ، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها (٦ : ٢٣٧ - ٢٣٨) من طبعتنا .
وأخرجه أبو داود في الحدود ، ح (٤٣٥٤) ، باب الحكم فيمن ارتد (٤ : ١٢٦ - ١٢٧) . وفي الأقضية (٣٥٧٩) ، باب في طلب القضاء والتسرع إليه (٣ : ٣٠٠) مختصراً : « لا نستعمل على عملنا من أراده ، ورواه النسائي في الطهارة (١ : ٩) ، باب هل يستاك الإمام بحضرة رعيته ، وفي كتاب القضاء من سننه الكبرى على ما جاء في تحفة الأشراف (٦ : ٤٤٩) . وفي المحاربة (في المجتبى من السنن) ، باب الحكم في المرتد ببعضه وفيه قصة معاذ في قتل اليهودي .
وفي رواية طلحة بن يحيى وبريد بن عبد الله بن أبي بردة ، عن أبي بردة ، والتى انفرد بإخراجها أبو داود في الحدود ، ح (٤٣٥٥) قال في آخرها : « وكان قد استتيب قبل ذلك وأخرجه أبو داود أيضاً من حديث الشيباني عن أبي بردة ح (٤٣٥٦) لم يذكر فيه الاستتابة .

عَنِ الإِسْلامِ مِنْهُم عَبْدُ اللَّهِ بْنُ خطلٍ[١] ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَعْدِ بْنِ أَبي سرحٍ العامريُّ مَعَ ظَاهِرِ قَولِهِ ﷺ : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ ، فَاقْتُلُوهُ » .

٣٢١٦٨ - وَذَكَرَ سَحْنُونُ أَنَّ عَبْدَ العَزِيزِ بْنَ أَبي سَلَمَةَ كَانَ يَقُولُ : يُقْتَلُ المُرْتَدُّ ، وَلاَ يُسْتَتَابُ .

٣٢١٦٩ - وَيحتجُّ بِحَدِيثِ مُعَاذٍ مَعَ أَبِي مُوسى .

٣٢١٧٠ - وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ ، وَطَائِفَةٌ مَعَهُ : لاَ يُسْتَتَابُ مَنْ وُلِدَ فِي الإِسْلامِ ، ثُمَّ ارْتَدَّ إِذا شهِدَ عَلَيهِ ، وَلَكِنَّهُ يُقْتَلُ تَابَ مِنْ ذَلِكَ ، أَو لَمْ يَتُبْ إِذا قَامَتِ البَيِّنَةُ العَادِلَةُ .

٣٢١٧١ - وَاخْتَلَفُوا عَنِ الحَسَنِ البَصْرِيِّ : فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : يُقْتَلُ دُونَ اسْتِتَابَةٍ[٢] .

٣٢١٧٢ - وَرُوِي عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : يُسْتَتَابُ مِئَةَ مَرَّةٍ[٣] .

٣٢١٧٣ - **قال أبو عمر** : مَنْ رَأَى قَتْلَهُ بِالاسْتِتَابَةِ جَعَلَهُ حَدّاً مِنَ الحُدُودِ ، وَلَمْ يَقْبَلْ فِيهِ تَوبَتَهُ .

---

(١) قتله سعيد بن حريث المخزومي وأبو برزة الأسلمي (رضي الله عنهما) اشتركا في دمه .
وعبد الله بن خطل رجل من بني تيم بن غالب ، كان مسلماً فبعثه رسول الله ﷺ مصدقاً ، وبعث معه رجل من الأنصار ، وكان معه مولى له يخدمه ، وكان مسلماً ، فنزل منزلاً ، وأمر المولى أن يذبح له تيساً ، فيصنع له طعاماً ، فنام فاستيقظ ولم يصنع له شيئاً ، فعدا عليه فقتله ، ثم ارتد مشركاً ، وكانت له قينتان « فرتني » وصاحبتها وكانتا تغنيان بهجاء رسول الله ﷺ فأمر رسول الله ﷺ بقتلهما معه ، وقد تقدم خبره في الجهاد ، وانظر مندى الأعلام .

(٢) الجامع لأحكام القرآن (٣ : ٤٧) ، وشرح السنة (١٠ : ٢٣٩) والمغني (٨ : ١٢٤) ، ونيل الأوطار (٨ : ٧) .

(٣) الجامع لأحكام القرآن (٣ : ٤٧) ، ولعل هذه الرواية خاصة بالمرأة المرتدة .

٣٢١٧٤ - وَقالَ : تَوبَتهُ بينَهُ وبَينَ اللَّهِ فِي آخِرَتِهِ ، ورَأى أنَّ حَدَّهُ إذا بَدَّلَ دِينَهُ القَتْلُ .

٣٢١٧٥ - ورَوى ابنُ القَاسِمِ وَغَيرُهُ عَنْ مَالِكٍ ، قَالَ : يُعْرَضُ على المُرْتَدِّ الإسْلاَمُ ثَلاثاً ، [فَإنْ أسْلَمَ][1] وَإلاَّ قُتِلَ .

٣٢١٧٦ - قَالَ : وَإنِ ارتَدَّ سَوَاءٌ قُتِلَ ولَمْ يُستَتَبْ كَما تُقْتَلُ الزَّنَادِقَةُ .

٣٢١٧٧ - قَالَ : وَإنَّما يُستَتابُ مَنْ أَظْهَرَ دِينَهُ الَّذي ارتَدَّ إلَيهِ .

٣٢١٧٨ - قَالَ مَالِكٌ : يُقْتَلُ الزَّنادِقَةُ ، ولاَ يُسْتَتَابُونَ .

٣٢١٧٩ - قَالَ : وَالقَدَرِيَّةُ يُسْتَتابُونَ ، يُقالُ لَهُم : اتْرُكُوا مَا أَنْتُمْ عَلَيهِ ، فَإنْ تَابُوا ، وَإلاَّ قُتِلُوا .

٣٢١٨٠ - وَقالَ ابنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ : لَيسَ فِي اسْتِتَابَةِ المُرتَدِّ أمْرٌ مِنْ جَماعَةِ النَّاسِ .

٣٢١٨١ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[2] : يُسْتَتابُ المُرْتَدُّ ظَاهِراً ، والزِّنْدِيقُ جَمِيعاً ، فَمَنْ لَمْ يَتُبْ مِنهُما قُتِلَ .

٣٢١٨٢ - وَفِي الاسْتِتَابَةِ [ثَلاثاً][3] قَوْلاَنِ : (أَحَدُهُما) : حَدِيثُ عُمَرَ .

(والآخَرُ) : أنَّهُ لاَ يُؤَخَّرُ ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ لَمْ يَأْمُرْ فِيهِ بأناةٍ ، وَهَذا ظَاهِرُ الخَبَرِ .

٣٢١٨٣ - قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَلَو شَهِدَ عَلَيهِ شَاهِدانِ بالرِّدَّةِ قُتِلَ ، فَإنْ أَقَرَّ بِأَنَّ لاَ إلَهَ

---

(١) زيادة في (ط) .

(٢) الأم (٦ : ١٥٦) باب المرتد الكبير .

(٣) سقط في (ط) .

إِلاَّ اللَّهُ ، وَأَنَّ مُحمَّداً رَسُولُ اللَّهِ ، ويبْرأُ مِنْ كُلِّ دِينٍ خَالفَ الإِسْلامَ لَمْ يكْشفْ عَنْ غَيرِهِ[١] .

٣٢١٨٤ – وَالمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ أَبي حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابِهِ أَنَّ المُرْتَدَّ لاَ يُقْتَلُ حَتَّى يُسْتَتابَ .

٣٢١٨٥ – وَهُوَ قَولُ ابْنِ عُلَيَّةَ .

٣٢١٨٦ – قَالُوا : وَمَنْ قتلَهُ قَبْلَ أَنْ يُستَتابَ ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَلاَ ضَمانَ عَلَيهِ .

٣٢١٨٧ – وَرَوى مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ فِي « السِّيرِ » عَنْ أَبِي يُوسُفَ ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُرْتَدَّ يُعْرَضُ عَلَيهِ الإِسْلاَمُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ ، وَإِلاَّ قُتِلَ مكانَهُ إِلاَّ أَنْ يَطْلُبَ أَنْ يُؤَجَّلَ فَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ أُجِّلَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ .

٣٢١٨٨ – وَالزِّنْدِيقُ عِنْدَهُم مِثْلُ المُرْتَدِّ سَواءً ، إِلاَّ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ لَمَّا رَأَى مَا يَصْنَعُ الزَّنَادِقَةُ ، وَأَنَّهُم يرْجِعُونَ بَعْدَ الاسْتِتَابَةِ ، قَالَ : أرى إِنْ أُتيتُ بِزِنْدِيقٍ أَنْ أَضْرِبَ عُنُقَهُ ، وَلاَ أَستَتِيبُهُ ، فَإِنْ تَابَ [قَبْلَ أَنْ أَقْتلَهُ][٢] لَمْ أَقْتلْهُ ، وَخَلَّيتُهُ .

٣٢١٨٩ – **قال أبو عمر** : رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ – رضي اللَّهُ عنْهُ – أَنَّهُ قَالَ : المُرْتَدُّ[٣] يُسْتَتابُ ، فَإِنْ تَابَ قُبِلَ مِنْهُ ، ثُمَّ إِنِ ارْتَدَّ يُسْتَتابُ ، فَإِنْ تَابَ قُبِلَ مِنْهُ ، ثُمَّ إِنِ ارْتَدَّ يُستَتابُ ، فَإِنْ تَابَ قُبِلَ مِنهُ ، فَإِنِ ارْتَدَّ بَعْدَ الثَّلاثِ قُتِلَ ، وَلَمْ يُستَتَبْ[٤] .

---

(١) **الأم** (٦ : ١٥٦) باب المرتد الكبير .

(٢) سقط في **(س)** .

(٣) في **(ي ، س)** : الزنديق .

(٤) الروض النضير (٤ : ٦٥٢) ، المغني (٨ : ١٢٤) ، مصنف عبد الرزاق (٦ : ١٠٤) و (١٠ : ١٦٩) ، والمحلى (١١ : ١٩٠ ، ١٩٧) .

٣٢١٩٠ - وَقالَتْ بِهِ طَائِفَةٌ مِنَ العُلماءِ ، ونَزع بَعْضُهم بِقَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ... ﴾ الآية [النساء : ١٣٧] .

٣٢١٩١ - **قال أبو عمر** : رَأى مَالِكٌ وَحْدَهُ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الفُقَهاءِ اسْتِتابَةَ أَهْلِ القَدرِ ، وَسَائِرِ أَهْلِ الأَهْوَاءِ .

٣٢١٩٢ - وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ مِنْ كِتابِ الجَامعِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ (عزَّ وَجلَّ) ، وَقَدْ مَضى فِي كِتابِ الفَرائِضِ مِيرَاثُ المُرْتَدِّ ، وَاخْتِلافُ العُلماءِ فِيهِ .

٣٢١٩٣ - وَأَمَّا حُكْمُ فراقِهِ لِنِسَائِهِ وَسَرارِيهِ وَإِمَائِهِ ، وَسَائِرِ مَالِهِ ، وَحُكْمُ أَوْلاَدِهِ الصِّغَارِ ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيهِ قَضاءُ صَلاةٍ وَحَجٍّ وَزَكاةٍ إِذا تَابَ فَلَيْسَ هَذا البَابُ بِمَوْضِعِ ذِكْرِ ذَلِكَ .

* * *

(١٩) باب القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً(*)

١٤١٣ – مَالِكٌ ، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ السَّمَّانِ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ؛ أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ : أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدْتُ مَعَ

(*) **المسألة – ٦٨٣** – يثبت الزنا بالإقرار أو بالشهادة ويفهم من النصوص ، أنه يشترط في الشهادة أربعة رجال ، ذكور ، عدول ، أحرار ، مسلمين ، على الزنا بأن يقولوا : رأيناه وطئها في فرجها ، كالميل في المكحلة .

وعدد الأربعة ورد بنص القرآن الكريم ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ .

وقال الأئمة الأربعة : يشترط في شهادة الشهود الأربعة اتحاد المشهود به : وهو أن يجمع الشهود الأربعة على فعل واحد ، في المكان والزمان ،كما بينا عند **الحنفية** . فإن اختلفوا لا تقبل شهادتهم فلو شهد اثنان أنه زنى في مكان كذا ، وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر ، أو شهد اثنان أنه زنى بها في يوم كذا ، وشهد اثنان آخران أنه زنى بها في يوم آخر ، فإنه لا يحد المشهود عليه ، ولا حد على الشهود أيضاً عند جمهور **الحنفية** ؛ لأن المشهود به لم يختلف عند الشهود ؛ لأن عندهم أن هذا زنا واحد ، وعند زفر : يحدون ؛ لأن عدد الشهود قد انتقص ، ونقصان عدد الشهود يوجب صيرورة الشهادة قذفاً ، كم لو شهد ثلاثة بالزنا .

واختلفوا فيما لو شهد اثنان أنه زنى بها في هذه الزاوية من البيت ، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية أخرى ، وكان المكان ضيقاً :

فقال أبو حنيفة وأحمد : تقبل هذه الشهادة ، لجواز ابتداء الفعل في زاوية ، وانتهائه في زاوية أخرى ، أما لو كان البيت كبيراً فلا تقبل ؛ لأنه يكون بمنزلة البيتين .

وقال مالك والشافعي : لا تقبل هذه الشهادة ، ولا يثبت بها الحد ؛ لأنهم لم يتفقوا على زنية واحدة .

وعن اتحاد مجلس الشهادة : قال أبو حنيفة : يشترط أن يكون الشهود مجتمعين ، وأن يؤدوا الشهادة في مجلس واحد ، فإن جاءوا متفرقين يشهدون واحداً بعد الآخر ، لا تقبل شهادتهم ، كما بينا سابقاً .

وقال مالك وأحمد : يشترط اتحاد مجلس القاضي فقط ، فإن جاء الشهود متفرقين ، والحاكم في مجلس حكمه لم يقم ، تقبل شهادتهم ، وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة =

امْرأتِي رَجُلاً ، أأُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « نَعَمْ »(١).

٣٢١٩٤ - زَعَمَ أبو بكرٍ البزارُ أنَّ مَالِكاً - رَحِمَهُ اللَّهُ - انْفَرَدَ بِهَذَا الحَدِيثِ ، وَلَيْسَ كَما زَعَمَ ؛ لأنَّهُ قَدْ رَوَاهُ سُليمانُ بْنُ بِلالٍ ، والدَّرَاوَرْدِيُّ ، كَما رَوَاهُ مَالِكٌ ، عَنْ سهيلٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَفِيهِ أَلْفَاظٌ زَائِدَةٌ قَدْ ذَكَرْتُها فِي « التَّمْهِيدِ »(٢).

٣٢١٩٥ - وَأَظُنُّ البزارَ لَمَّا رَأى حَمَّادَ بْنَ سَلمةَ قَدْ أَرْسَلَهُ ظَنَّ أنَّ مَالِكاً وَحْدَهُ أَرْسَلَهُ ، فَغلطَ فِي ظَنِّهِ .

٣٢١٩٦ - وَفِي هَذا الحَدِيثِ مِنَ الفِقْهِ : النَّهْيُ عَنْ إِقَامَةِ حَدٍّ(٣) بِغَيرِ سلْطانٍ ،

= وعليهم الحد ، وقال الشافعي : ليس ذلك بشرط ، لا في مجيئهم ، ولا في اجتماعهم ،بل متى شهدوا بالزنى متفرقين ، ولو واحداً بعد الآخر ، وجب الحد ، لقوله تعالى : ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ﴾ ولم يذكر المجلس ، ولأن المهم هو اتحاد شهادة الشهود سواء في مجلس واحد أو في مجالس ، كسائر الشهادات .

وانظر في هذه المسألة : البدائع (٧ : ٤٩) ، المغني (٨ : ٢٠٠) ، فتح القدير (٤ : ١٦٧) ، مغني المحتاج (٤ : ١٥١) ، بداية المجتهد (٢ : ٤٣٠) ، الشرح الكبير (٤ : ١٨٥) . المغني (٨ : ٢٠٠) ، المنتقى على الموطأ (٧ : ١٤٤) ، القوانين الفقهية : ص (٣٥٦) ، الميزان (٢ : ١٥٦) ، الفقه الإسلامي وأدلته (٦ : ٥٠) .

(١) الموطأ : ٧٣٧ ، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في « المسند » (٢ : ٨١) ، والإمام أحمد (٢ : ٤٦٥) ، ومسلم في اللعان برقم (٣٦٩١) من طبعتنا ، في كتاب اللعان ، ص (٥ : ٩٦ - ٩٧) ، وأبو داود في الديات (٤٥٣٣) (٤ : ١٨١) ، والنسائي في الرجم في الكبرى على ما في تحفة الأشراف (٩ : ٤١٦) . وهو في السنن االكبرى للبيهقي (٨ : ٢٣٠) وهو في موطأ مالك (٢ : ٨٢٣) ، في الحدود ، رقم (٧) ، باب « ما جاء في الرجم » .

(٢) (٢١ : ٢٥٣) .

(٣) في (ك) حجج .

وَبِغَيرِ شهُودٍ ، وَقَطْعُ الذَّرِيعَةِ إِلى سَفْكِ دَمِ مُسْلِمٍ بِدَعْوى يَدَّعِيها عَليهِ مَنْ يُرِيدُ أَنْ يُبِيحَ دَمَهُ ، ولاَ يعْلمُ ذَلِكَ إِلاَّ بِقَولِهِ وَاللَّهُ عزَّ وجلَّ قَدْ عَظمَ دَمَ الْمُسْلِمِ ، وَعَظمَ الإِثْمَ فِيهِ ، فَلاَ يَحِلُّ إِلاَّ بِما أَبَاحَهُ اللَّهُ ، وَذلِكَ إِلى السُّلْطانِ دُونَ غَيْرِهِ لِيَمْتَثِلَ فِيهِ مَا أَمَرَهُ اللَّهُ بِهِ فِي كِتَابِهِ عَلى لِسَانِ رَسُولِهِ ﷺ .

٣٢١٩٧ - وَقَدْ أَرْدَفَ مَالِكٌ هَذا الحَدِيثَ بِقَولِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَإِنَّهُ قَدْ أَوضَحَ الحُكْمَ فِيهِ .

١٤١٤ - مالكٌ عَنْ يَحيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ؛ أَنَّ رَجُلاً مِنْ أَهْلِ الشَّامِ ، يُقَالُ لَهُ ابْنُ خَيبَرِيّ ، وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلاً فَقَتَلَهُ ، أَوْ قَتَلَهُما مَعاً ، فَأَشْكَلَ عَلَى مُعاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ الْقَضَاءُ فِيهِ ، فَكَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ ، يَسْأَلُ لَهُ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ ، فَسَأَلَ أَبُو مُوسَى ، عَنْ ذلِكَ ، عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِب ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ : إِنَّ هذَا الشَّيْءَ مَا هُوَ بِأَرْضِي ، عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتُخْبِرَنِّي ، فَقَالَ لَهُ أَبُو مُوسَى : كَتَبَ إِلَيَّ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ أَنْ أَسْأَلَكَ عَنْ ذلِكَ . فَقَالَ عَلِيٌّ : أَنَا أَبُو حَسَنٍ : إِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ، فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ[1] .

٣٢١٩٨ - رَوَاهُ ابْنُ جُرَيجٍ ، وَمَعْمَرٌ ، وَالثَّورِيُّ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ مِثْلَهُ .

---

(١) الموطأ : ٧٣٧ - ٧٣٨ ، وعنه الشافعي في الأم (٦ : ١٣٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٨ : ٢٣١) ، ومعرفة السنن (١٦٨٠٨) (١٢ : ٣٠٩) .

٣٢١٩٩ - **قال أبو عمر** : مَعْنَاهُ عِنْدَهُ[1] : « فَلْيُسلِمْهُ بِرُمَّتِهِ إِلَى أَوْلِيَاءِ القَتِيلِ يَقْتُلُونَهُ ، وَقِيلَ : يُسَلَّمُ إِلَيهم بِحَبْلٍ فِي عُنقِهِ لِلْقِصَاصِ ، إِنْ لَمْ يقمْ أَرْبَعَةٌ شَهدُوا عَلَيهِ بالزِّنا المُوجِبِ لِلرَّجْمِ .

٣٢٢٠٠ - وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ لاَ يَصِحُّ عَنْهُ ، قَدْ ذَكَرْتُهُ فِي « التَّمْهِيدِ » وَأَوْضَحْتُهُ[2] .

٣٢٢٠١ - وَعَلَى قَولِ عَلِيٍّ - رضي الله عنه - جَمَاعَةُ فُقهاءِ الأَمْصارِ وَأَهْلِ الرَّأْيِ والآثارِ ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً .

٣٢٢٠٢ - ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنْ مَعْمَرٍ ، عَنْ الزُّهريِّ ، قَالَ : سَأَلَ رَجُلٌ

---

(١) في (ط) : عندهم .

(٢) قال أبو عمر في « التمهيد » (٢١ : ٢٥٧) :

وقد روى أهل العراق في هذه المسألة عن عمر بن الخطاب أنه أهدر دمه - ولم يصح ، وإنما يصح عن عمر أنه أهدر دم الذي أراد اغتصاب الجارية الهذلية نفسها ، فرمته بحجر ففضت كبده فمات ؛ فارتفعوا إلى عمر ، فقال : ذلك قتيل الله ، والله لا يودى أبدا ، ذكره معمر عن الزهري ، عن القاسم بن محمد ، عن عبيد بن عمير ؛ قال الزهري : ثم قضت القضاة بعد بأن يودى ، مصنف عبد الرزاق (٩ : ٤٣٥) ، الأثر (١٧٩١٩)

قال أبو عمر :

ففي هذا جاء عن عمر أنه أهدر دمه ؛ لأنها دفعته عن نفسها ، فأتى دفعها على روحه لا في الذي وجد مع امرأته رجلاً .

وقد روى الثوري عن مغيرة بن النعمان ، عن هانئ بن حرام - أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فقتلهما ، فكتب عمر بكتاب في العلانية أن أقيدوه ، وكتاباً في العلانية : أن أعطوه الدية ، وهذا لا يصح مثله عن عمر - والله أعلم - ولم تكن في أخلاقه المداهنة في دين الله ، وقد روى هذا الحديث : قبيصة بن عقبة ، عن الثوري ، عن المغيرة بن النعمان ، عن مالك بن أنس ، عن هانئ بن حزام ، وهانئ بن حزام أو حرام مجهول ، وحديثه هذا لا حجة فيه لضعفه .

النبيَّ ﷺ ، فقالَ رَجُلٌ يَجِدُ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلاً ، أَيَقْتُلُهُ ؟ فَقالَ النَّبيُّ ﷺ : « لاَ ، إلاَّ بِالبَيِّنَةِ »[1] .

٣٢٢٠٣ - ذَكَرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبي شَيْبَةَ ، قالَ : حَدَّثَني عبدةُ بْنُ عَاصِمٍ ، عَنِ الحَسنِ ، قالَ : « الحُدُودُ إلى السُّلْطانِ »[2] .

٣٢٢٠٤ - وذُكِرَ عَنِ ابْنِ مُحيريزٍ ، وَعَطاءٍ الخراسانيِّ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ مِثْلُهُ ، وَهُوَ مَا لاَ خلاَفَ فِيهِ .

٣٢٢٠٥ - وَأَمَّا خَبَرُ الشَّعبيِّ فِي الَّذِي أَشْرَفَ عَلى زَوْجَةِ أَخِيهِ ، وَهُوَ غَائِبٌ ، وَمعَهَا عَلى فِرَاشِها رَجُلٌ يَتَغَنَّى :

وأشعث غرَّهُ الإسلام منا ... خلوتُ بعرسه ليل التمام

يبيت[3] على حسائها ويمسي على ... وهماء لاحقة الحزام

كأن مواضع الربلات[4] منها ... نعام قد جمعن إلى نعام

٣٢٢٠٥م - هكَذا ذَكَرَهُ وَكِيعٌ ، عَنْ أَبي عَاصِمٍ ، عَنِ الشَّعبيِّ ، وَذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[5] ، عَنِ ابْنِ جُريجٍ ، فَذكَرَ فِيهِ : لَهَوتُ بِعرسِهِ

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٩ : ٤٣٤) ، الأثر (١٧٩١٧) .

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٩ : ٥٥٤) .

(٣) في (ط) : « أبيت » .

(٤) الربلات : جمع الربلة : أصول الأفخاذ .

(٥) في المصنف (٩ : ٤٣٥) ، الأثر (١٧٩٢٠) .

٣٢٢٠٦ - وَقالَ فِي البَيْتِ الثَّانِي :

أَبيتُ عَلى تَرائِبِها ، وَيطْوي عَلى حَمْراءَ مَائِلَةِ الحزامِ

كَأنَّ مَجامعَ الرَبلاتِ مِنْها قِيامٌ يرجعُونَ إِلى قيامِ

٣٢٢٠٧ - وَهَذان الخَبرانِ مُنْقَطِعَانِ ، ولَيسَ في شَيْءٍ مِنْهُما شَهادةٌ قَاطِعَةٌ بِمَعاينة قَتلٍ ، ولاَ إِقْرار بِهِ ، ولاَ حُجَّةَ فِيهِ إِلاَّ فِي إِيجَابِ العُقُوبَةِ المُوجِعَةِ على مَنْ أَقَرَّ بِمثْلِ ذَلِكَ ، وَجحدَ الجماعَ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ لا شَرِيكَ لَهُ .

* * *

(٢٠) باب القضاء في المنبوذ(*)

١٤١٥ – مَالِكٌ ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ ، رَجُلٌ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ ؛ أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذاً فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ .قَالَ : فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ . فَقَالَ : مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هذِهِ النَّسَمَةِ ؟ فَقَالَ : وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا ، فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ : يَاأَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : أَكَذَلِكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ : اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلاَؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ .

٣٢٢٠٧م – قَالَ يَحْيَى : سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَنْبُوذِ ،

(*) **المسألة – ٦٨٤** – اللقيط كاللقطة أمانة في يد الملتقط ، إن شاء تبرع بتربيته والإنفاق عليه ، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم ليأمر أحداً بتربيته على نفقة بيت المال المعد لحوائج جميع المسلمين إن لم يكن للقيط مال فإن كان له مال بأن وجد الملتقط معه مالاً فتكون النفقة من مال اللقيط ؛ لأنه غير محتاج إليه ، فلا يثبت حقه في بيت المال ، وهذا الحكم مجمع عليه بين العلماء .

الولاية على اللقيط في نفسه وماله للقاضي ، أي بالنسبة للتعليم والحفظ والتربية والتزويج والتصرف في ماله لقوله عليه الصلاة والسلام : « السلطان ولي من لا ولي له » ، وليس للملتقط ولاية التزويج أو التصرف في المال ، وإذا زوج الحاكم اللقيط فالمهر يدفع من بيت المال إلا إذا كان له مال .

واللقيط حر مسلم ؛ لأن الأصل في الإنسان إنما هو الحرية ، ولأن الدار دار إسلام ودار حرية ، فمن كان فيها يكون حراً بمقتضى الأصل العام ، إذ هو الحكم الغالب والأمر الظاهر ، ويكون أيضاً مسلماً تبعاً لدار الإسلام تنطبق عليه كل الأحكام الإسلامية حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين .

وانظر في هذه المسألة : المغني (٥ : ٦٨٣) ، بداية المجتهد (٢ : ٣٠٥) ، مغني المحتاج (٢ : ٤٢١) ، المبسوط (١٠ : ٢٠٩) ، بدائع الصنائع (٦ : ١٩٧) و تبيين الحقائق (٣ : ٢٩٧) .

(١) الموطأ : ٧٣٨ ، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في « الأم » (٧ : ٢٣٢) وعنه البيهقي =

أَنَّهُ حُرٌّ ، وَأَنَّ وَلاَءَهُ لِلْمُسْلِمِينَ ، هُمْ يَرِثُونَهُ وَيَعْقِلُونَ عَنْهُ(١) .

٣٢٢٠٨ – **قال أبو عمر** : إِنَّما أَنْكَرَ [عُمَرُ](١) عَلَى سُنَيْنٍ أَبي جَمِيلَةَ(٢) أَخْذَ المَنْبُوذِ ؛ لأَنَّهُ ظَنَّ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يفرض لَهُ .

٣٢٢٠٩ – وَكانَ عُمَرُ يفرضُ لِلْمَنْبُوذِ ، فَظَنَّ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِيَلِيَ أَمْرَهُ وَيَأْخُذ مَا يفرضُ لَهُ ، فَيصلحُ فِيهِ مَا شَاءَ ، فَلَمَّا قَالَ لَهُ عَرِيفُهُ : إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ تَرِكَ ظَنَّهُ ، وَأَخْبَرَهُ بِالحُكْمِ عِنْدَهُ فِيهِ بِأَنَّهُ حُرٌّ وَلا وَلاءَ لأَحَدٍ عَلَيهِ ؛ لأَنَّ الأَحْرَارَ لاَ وَلاَءَ عَلَيهم .

٣٢٢١٠ – وَقَوْلُهُ : وَعَلَيْنا نفقَتُهُ ، يَعْني أَنَّ رَضاعَهُ ، وَنَفَقَتَهُ فِي بَيْتِ المَالِ ، وَإِنَّما جعله حُرّاً ، واللَّهُ أَعْلَمُ ، لأن لاَ يَقُولُ أَحَدٌ فِي عَبْدٍ لَهُ يُولَدُ عِنْدَهُ ، فَيطرحُهُ [ثُمّ يَأْخُذُهُ](٣) ويَقُولُ : وَجَدْتُهُ مَنْبُوذاً لِيفْرِضَ لَهُ ، [مَا اختلفَ الفُقهاءُ](٤) .

٣٢٢١١ – وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي المَنْبُوذِ تشْهدُ البَيِّنَةُ أَنَّهُ عَبْدٌ :

٣٢٢١٢ – فَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ المَدِينَةِ : لاَ يقْبلُ قَولُها فِي ذَلِكَ ، وَإِلى هَذَا ذَهَبَ أَشْهَبُ لِقَولِ عُمَرَ : « هُوَ حُرٌّ » ، وَمَنْ قَضى بِحَدِيثِهِ لَمْ يقبَلِ البَيِّنَةَ فِي أَنَّهُ عَبْدٌ .

٣٢٢١٣ – وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : تُقْبَلُ البَيِّنَةُ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعيِّ ،

= في الكبرى (٦ : ٢٠١ – ٢٠٢) ، ومعرفة السنن (١٢٤٦٢) (٩ : ٩٠) ، ومن طريق ابن عيينة ، عن الزهري أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١١ : ٤٠٦) .

(١) سقط في (ك ، ط) .

(٢) انظر ترجمته في الإصابة (٣ : ١٣٧) ، تاريخ ابن معين (٢ : ٢٤٠) ، ثقات العجلي الترجمة رقم (٦٢٩) من طبعتنا ، وثقات ابن حبان (٣ : ١٧٩) .

(٣) سقط في (ك) .

(٤) سقط في (ط) .

والكُوفِيِّينَ ، وَاخْتَلَفُوا فِي إِقْرارِهِ إِذَا بلغَ ، فَأَقَرَّ بِأَنَّه عَبْدٌ .

٣٢٢١٤ - وَقالَ مَالِكٌ : لاَ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ؛ أَنَّهُ عَبْدٌ ؛ لأَنَّه لَيسَ لَهُ أَنْ يرقّ نَفْسَهُ .

٣٢٢١٥ - ولَمْ يَخْتَلِفْ فِي ذَلِكَ أَصْحابُ مَالِكٍ .

٣٢٢١٦ - وَقالَ أَبو حَنِيفَةَ ، والشَّافعيُّ ، وأَصْحابُهم : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِأَنَّهُ عَبْدٌ إِذا كَانَ بَالِغاً .

٣٢٢١٧ - قَالُوا : وَإِقْرَارُهُ بِالرِّقِّ أَقْوى مِنْ شَهادَةِ الشُّهُودِ .

٣٢٢١٨ - قَالُوا : وَمَا يُقْبَلُ فِيهِ البَيِّنَةُ يُقْبَلُ فِيهِ إِقْرَارُهُ .

٣٢٢١٩ - وَاخْتَلَفُوا فِي اللَّقيطِ فِي قَرْيَةٍ فِيها يَهُودٌ ، ونَصارى ، ومُسْلِمُونَ :

٣٢٢٢٠ - وَقالَ ابْنُ القاسمِ : يُجْعَلُ عَلى دِينِ أَكْثَرِهِمْ عَدَداً ، وَإِنْ وُجِدَ عَلَيهِ زِيُّ اليَهُودِ ، فَهُوَ يَهُودِيٌّ ، وَإِنْ وُجِدَ عَلَيهِ زِيُّ النَّصارى ، فَهُوَ نَصْرَانِيٌّ ، وَإِلاَّ فَهُوَ مُسْلِمٌ ، إِلاَّ أَنْ يكُونَ أَكْثَرُ أَهْلِ القَرْيَةِ عَلى غَيرِ الإِسْلاَمِ .

٣٢٢٢١- وَقالَ أَشْهَبُ : هُوَ مُسْلِمٌ أَبداً ؛ لأَنِّي أَجْعَلُهُ مُسْلِماً عَلَى كُلِّ حَالٍ ، كَما أَجْعَلُهُ حُرّاً عَلى كُلِّ حَالٍ .

٣٢٢٢٢ - وَاخْتَلَفُوا فِي قَبُولِ دَعْوى مَنِ ادَّعَاهُ ابْناً لَهُ :

٣٢٢٢٣ - فَقالَ أَشْهَبُ : تُقْبَلُ دَعْواهُ [إِلاَّ أَنْ يَبِينَ كَذِبُهُ .

٣٢٢٢٤ - وَقالَ ابْنُ القاسمِ : لاَ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ][1] إِلاَّ أَنْ يَبِينَ صِدْقُهُ .

٣٢٢٢٥ - وَأَمَّا اخْتِلافُ أَهْلِ العِلْمِ فِي وَلاءِ اللَّقِيطِ :

٣٢٢٢٦ - فَذَهَبَ مَالِكٌ ، وَالشَّافعيُّ ، وَجَماعَةٌ مِنْ أَهْلِ الحِجَازِ أَنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ ،

---

(١) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س ، ط) .

لاَ وَلاَءَ لأحَدٍ عَلَيهِ .

٣٢٢٢٧ - وتَأوَّلُوا فِي قَولِ عُمَرَ : « لَكَ وَلاَؤُهُ » أيْ لَكَ أنْ تَلِيَهُ ، وتَقْبِضَ عَطاءَهُ ، وَتكُونَ أولى النَّاسِ بِأمْرِهِ حَتَّى يَبْلُغَ رُشْدَهُ ، وَيحسنَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ ، فَإنْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ ، وَعَقْلُهُ عَلَيهِم .

٣٢٢٢٨ - وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ[(١)] بِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « إنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أعْتَقَ »[(٢)] ، قَالَ : جَمعَ بَيْنَهُما الوَلاَءَ عَنْ غَيرِ المعْتِقِ .

٣٢٢٢٩ - وَاتَّفَقَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأصْحَابُهما عَلى أنَّ اللَّقِيطَ لاَ يُوالِي أحَداً وَلاَ يَرِثُهُ أحَدٌ بِالوَلاَءِ .

٣٢٢٣٠ - وَهُوَ قَولُ الحَسَنِ البَصْرِيِّ .

٣٢٢٣١ - ذَكَرَ أبو بكرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ ، قَالَ : حدَّثني عَبْدُ الأعْلى ، عَنْ هِشَامٍ ، عَنِ الحَسَنِ ،قالَ : جريرَتُهُ فِي بَيْتِ المَالِ ، وَعَقْلُهُ لَهُمْ ، وَمِيرَاثُهُ عَلَيهِم[(٣)] .

٣٢٢٣٢ - وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ ، وَأصْحَابُهُ ، وَأكْثَرُ الكُوفِيِّينَ : اللَّقِيطُ يُوالِي مَنْ شَاءَ ، فَمَنْ وَالاَهُ ، فَهُوَ يَرِثُهُ ، وَيَعْقِلُ عَنْهُ .

٣٢٢٣٣ - وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَهُ أنْ يَنْتَقِلَ [بِوَلاَئِهِ حَيْثُ شَاءَ مَا لَمْ يعقِلْ عَنْهُ الَّذِي وَالاَهُ ، فَإنْ عقلَ عَنْهُ جِنايَةً لَمْ يَكُنْ لَهُ أنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلاَئِهِ][(٤)] أبداً .

٣٢٢٣٤ - **قال أبو عمر** : ذَكَرَ أبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ ، قالَ : حَدَّثَني حَاتِمُ بْنُ

---

(١) في **الأم** (٧ : ٢٣٢) باب « القضاء في المنبوذ » .

(٢) الحديث مخرج من طرقه المختلفة في كتاب العتق .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (١١ : ٤٠٧) .

(٤) سقط في **(ي ، س)** .

إِسْمَاعِيلَ ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحمدٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : قَالَ عَلِيٌّ - رضي الله عنه - : المَنْبوذ حرٌّ ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُوَالِيَ الَّذِي الْتَقَطَهُ وَالاَهُ ، وَإِنْ أَحبَّ أَنْ يُوَالِيَ غَيْرَهُ وَالاَهُ[1] .

٣٢٢٣٥ - وَذَكَرَ أَبو بكرٍ ، قَالَ : حدَّثني عُمَرُ بْنُ هَارُونَ ، عَنِ ابْنِ جُريجٍ ، عَنْ عَطاءٍ ، قَالَ : السَّاقِطُ يُوَالِي مَنْ شَاءَ[2] .

٣٢٢٣٦ - وَهُوَ قَولُ ابْنِ شِهابٍ ، وَطَائِفَةٍ مِنْ أَهْلِ المَدِينَةِ .

٣٢٢٣٧ - وَقَالَ : حَدَّثني حَمَّادُ بْنُ خَالِدٍ عَنِ ابنِ أَبي ذِئْبٍ ، عَنِ الزُّهريِّ أَنَّ عُمرَ بْنَ الخَطَّابِ - رضي الله عنه - أَعْطى مِيرَاثَ المَنْبوذِ لِلَّذي كَفلَهُ[3] .

٣٢٢٣٨ - قَالَ أَبو بكرٍ : وحدَّثني عَبْدُ السَّلامِ بْنُ حَرْبٍ ، عَنْ مُغيرَةَ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ قَالَ : مِيرَاثُ اللَّقيطِ بِمَنْزِلَةِ اللُّقطَةِ[4] .

٣٢٢٣٩ - قَالَ : وَأَخْبَرَنِي عَبْدُ الأَعْلى ، عَنْ معمرٍ ، عَنْ الزُّهريِّ ، قالَ : إِذَا والى رَجُلٌ رَجُلاً ، فَلَهُ مِيرَاثُهُ[5] ، وَعَلَيهِ عَقْلُهُ[6] .

٣٢٢٤٠ - **قال أبو عمر** : قَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ وَاثِلَةَ بْنِ الأَسْقَع أَنَّهُ قَالَ : « تَرِثُ المَرْأَةُ عَتِيقَها ، وَلَقِيطَها وَابْنَها الَّذِي لاَعَنَتْ عَلَيهِ »[7] .

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (١١ : ٤٠٦) .

(٢) المصنف (١١ : ٤٠٧) .

(٣) المصنف (١١ : ٤٠٧) .

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (١١ : ٤٠٧) .

(٥) في (ي ، س) : ولاؤه .

(٦) مصنف ابن أبي سيبة (١١ : ٤٠٩) .

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض (٢٩٠٦) باب « ميراث ابن الملاعنة » (٣ : ١٢٥) ، ورواه أيضاً الترمذي عن هارون المستملي ، عن محمد بن حرب به في الفرائض (٢١١٥) باب =

٣٢٢٤١ - وَهُوَ حَدِيثٌ لَيسَ بِالقَوِيِّ ، انفَرَدَ بِهِ عُمَرُ بن رُؤْبَةَ ، وَهُوَ شَامِيٌّ ضَعِيفٌ[١] .

٣٢٢٤٢ - وَقَدْ رَوَى سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ حَدِيثَ مَالِكٍ هَذا المذْكُور فِي هَذا البَابِ ، عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ سنينٍ أبي جَميلةَ بِأَلْفَاظٍ أَتَمَّ مِنْ أَلْفَاظِ حَدِيثِ مَالِكٍ .

٣٢٢٤٢م - حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ ، قَالَ : حَدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبغ ، قالَ : حدَّثني مُحمدُ بْنُ [وضاحٍ ، قالَ : حَدَّثني محمدُ بْنُ][٢] عَبْدِ السَّلامِ ، قالَ : حدَّثني مُحمدُ ابْنُ عُمَرَ ، قالَ : حَدَّثني سُفْيانُ ، عَنِ الزُّهريِّ ، قَالَ : سَمِعْتُ سنيناً أَبَا جَميلَةَ يُحدِّثُ سَعِيدَ بْنَ المُسَيَّبِ ، قالَ : وَجَدْتُ مَنْبُوذاً على عَهْدِ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ - رضي الله عنه - فَذكرَهُ عَرِيفي لعمر ، فَأَرْسَلَ إِليَّ ، فَجِئْتُ ، والعَرِيفُ عِنْدَهُ ، فَلمَّا رآني مُقْبِلاً ، قالَ : « عَسى الغُويرُ أَبْؤُساً » كَأَنَّهُ اتَّهمَهُ ، فقالَ لَهُ عَرِيفي : يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ ! إِنَّهُ غَيرُ مُتَّهَمٍ بِهِ ، فَقالَ عُمَرُ : عَلامَ أَخَذْتَ هَذِهِ التَّسْمِيَةَ ؟ قُلْتُ : وَجَدْتُ نَفساً بمضيعةٍ ، فَأَحبَبْتُ أَنْ يَأْجُرَنِي اللَّهُ عَلَيها ، فَقالَ عُمَرُ : هُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلاَؤُهُ ، وَعَلَينا رَضَاعُهُ[٣] .

= « ما جاء ما يرث النساء من الولاء » (٤ : ٤٢٩) وقال : حسن غريب ، لا نعرفه إلا من حديث محمد ابن حرب ، ورواه النسائي في الفرائض في الكبرى على ما جاء في التحفة (٩ : ٧٨) ، وابن ماجه في الفرائض (٢٧٤٢) باب « تحوز المرأة ثلاث مواريث » (٢ : ٩١٦) .

(١) عمر بن رؤبة التغلبي الحمصي : قال البخاري : فيه نظر ، وقال أبو حاتم « صالح الحديث وليس بحجة » وذكره ابن حبان في « الثقات » وقال دحيم : لا أعلمه إلا ثقة ، روى له الأربعة حديثاً واحداً في « السنن » حديث : « تحوز المرأة ثلاث مواريث » . ترجمته في « التاريخ الكبير » (٣ : ٢ : ١٥٥) ، « الجرح والتعديل » (٣ : ١ : ١٠٨) ، الميزان (٣ : ١٩٦) ، التهذيب (٧ : ٤٤٧) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) الخبر في غريب الحديث لأبي عبيد (٣ : ٣٢٠ - ٣٢١) .

٣٢٢٤٣ - **قال أبو عمر** : ذَكَرَ أبُو [عُبيدٍ][1] القاسمُ بْنُ سلامٍ هَذا الخَبر فِي كِتَابِ « غَرِيبِ الحَدِيثِ » ؛ لِقَولِ عُمَرَ - رضي الله عنه - فيه : « عسى الغُوَيرُ أَبْؤُساً » ، وَذَكرَ أَنَّهُ مَثَلٌ تتمثلُ بِهِ العَرَبُ ، إِذا خَافَتْ شرّاً ، أَو توقَّعَتْهُ ، وَظَنَّتْهُ ؛ هَذا مَعْنى كَلاَمِهِ .

٣٢٢٤٤ - وَذَكرَ فِي أَصْلِ المَثَلِ عَنِ الأَصْمَعِيِّ ، وَعَنِ [ابْنِ][2] الكَلْبِيِّ خَبَرَيْنِ مُخْتلِفَيْنِ : (أحدهما) : عَنِ ابْنِ الكَلْبِيِّ : أَنَّ أَوَّلَ مَنْ تَكَلَّمَ بِهذا المَثَلِ الزبَّاء[3] إِذْ بعثت

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) هي الزباء بنت عمرو بن الظرب بن حسان بن أذينة بن السميدع : الملكة المشهورة في العصر الجاهلي ، صاحبة تدمر وملكة الشام والجزيرة . يسميها الإفرنج Zenobie وأمها يونانية من ذرية كليوبترة ملكة مصر .

كانت غزيرة المعارف ، بديعة الجمال ، مولعة بالصيد والقنص ، تحسن أكثر اللغات الشائعة في عصرها ، وكتبت تاريخاً للشرق ، وليت تدمر (وكانت تابعة للرومان) بعد وفاة زوجها (والعرب تقول بعد مقتل أبيها) سنة ٢٦٧م ، ولم تلبث أن طردت الرومان وحاربتهم ، فهزمت هيرقليوس القائد العام لجيش الإمبراطور غاليانوس ، واستقلت بالملك ، فامتد حكمها من الفرات إلى بحر الروم ومن صحراء العرب إلى آسيا الصغرى ، واستولت على مصر مدة . أما خاتمة أمرها فمؤرخو العرب متفقون على قصة ، خلاصتها : أن الزباء قتلت جذيمة الوضاح ملك العراق فاحتال ابن أخت له اسمه عمرو بن عدي حتى دخل قصرها وهم بقتلها فامتصت سماً قاتلاً وقالت « بيدي لا بيد عمرو ! » ومؤرخو الإفرنج يقولون : إنها بعد أن قهرت الإمبراطور غاليانوس قاتلها الإمبراطور أورليانوس ، فانتصر في أنطاكية ، وحصر تدمر ، فجاع أهلها واضطروا إلى التسليم سنة ٢٨٢م ، فأرادت النجاة بنفسها فقبض عليها وحملت أسيرة إلى رومية سنة ٢٨٤م فأسكنت في تيبور (تيفولي) وبلغها أن تدمر قد دمرت بعدها فاشتدت آلامها وماتت غماً ، وفي الكتاب من يقول : هما اثنتان ، الأولى اسمها نائلة ولقبها الزباء ، وهي التي قتل جذيمة الأبرش أباها ، وقتلت نفسها بالسم ، والثانية زينب المسماة عند الرومان « زينوبيا » وهي التي تولت الحكم بعد مقتل زوجها « أذينة » وماتت في سجن أورليان الروماني .

قَصيرا اللَّخميَّ ، وكانَ يَطْلُبُها بِدَمِ جذيمةَ الأبرشِ ، فكادَها ، وَخبأَ لها الرِّجالَ في صَنَادِيقَ ، أو غرائرَ ، فلمَّا أحسَّتْ بذلكَ ، قالَتْ : « عسى الغُوَيْرُ أبْؤُساً » .

٣٢٢٤٥ - قالَ : وَالغُوَيْرُ : مَاءٌ لِكَلْبٍ [مَوْضعٌ][1] مَعْروفٌ فِي جِهَةِ السَّمَاوَةِ .

٣٢٢٤٦ - وَذكرَ عَنِ الأصْمَعِيِّ أنَّهُ غَارٌ أُصِيبَ فِيهِ قَومٌ قَدِ انهارَ عَلَيهِم وَقُتِلُوا فِيهِ .

٣٢٢٤٧ - وَالغُوَيْرُ تَصغِيرُ غَارٍ ، والأبْؤُس جَمْعُ البَأسِ ، فَصارَ هَذا الكَلاَمُ مَثَلاً لِكُلِّ شَيْءٍ يخافُ بِأنْ يَأْتِيَ مِنْهُ شَرٌّ .

٣٢٢٤٨ - قَالَ أبُو عُبيدٍ : وَقَولُ ابْنِ الكَلْبيِّ عِنْدِي أشْبَهُ بِالصَّوَابِ .

٣٢٢٤٩ - **قال أبو عمر** : تَلْخِيصُ مَا نزعَ بِهِ عُمَرُ - رضي الله عنه - فِي قَولِهِ : « عسى الغُوَيْرُ » ، أنَّهُ لَمَّا رَأى أبَا جميلَةَ مُقْبِلاً بِالمَوْلُودِ المَنْبُوذِ قَالَ ذَلِكَ المَثَلَ السَّائِرَ ، يُرِيدُ ألاَّ يَأْتِيَ مُلْتَقِطُ المنبُوذِ بِخَيرٍ ؛ خَوْفاً مِنْهُ مَعْنى مَا تقدَّمَ ذِكْرِي[2] لَهُ[3] حتَّى أخْبَرَهُ عَرِيفُهُ أنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ ، لاَ يَأْتِي إلاَّ بِالحَقِّ ، فَقضى فِيهِ بِما قَضى .

٣٢٢٥٠ - وَقَدْ أوْرَدْنَا فِي ذَلِكَ مَا جَاءَ فِيهِ عَنِ العُلماءِ ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً .

* * *

(١) سقط في (ك) ، وزيد من النسخ الأخرى (ط ، ي ، س) .

(٢) الياء في (ذكري) ضمير عائد على أبي عمر بن عبد البر ، وإنما أراد قوله : « فَظَنَّ أنَّه أخذَهُ لِيَلِيَ أمْرَهُ .. » المتقدّم في صدر هذا الباب .

(٣) في الأصول الخطية (لهم) .

(٢١) باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه(*)

١٤١٦ – مَالِكٌ ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ أَنَّهَا قَالَتْ : كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ(١) ، عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ ، أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي . فَاقْبِضْهُ إِلَيْكَ ، قَالَتْ : فَلَمَّا كَانَ عَامُ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ ، وَقَالَ : ابْنُ أَخِي ، قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ .

(*) **المسألة – ٦٨٥** – أصل القضية فيه أنهم كانت لهم في الجاهلية إماء يبغين أي يزنين وكانت السادة تأتيهن في خلال ذلك فاذا أتت احداهن بولد فربما يدعيه السيد وربما يدعيه الزانى فإن مات السيد ولم يكن ادعاه ولا انكره فادعاه ورثته به ولحق إلا أنه لا يشارك مستلحقه فى ميراثه إلا أن يستلحقه قبل القسمة وإن كان السيد أنكره لم يلحق به وكان لزمعة بن قيس والد سودة زوج النبى ﷺ أمة على ما وصف من أن عليها ضريبة وهو يلم بها فظهر بها حمل كان يظن أنه من عتبة أخى سعد بن أبي وقاص وهلك كافرا فعهد إلى أخيه سعد قبل موته فقال استلحق الحمل الذي بأمة زمعة فلما استلحقه سعد خاصمه عبد بن زمعة فقال سعد هو ابن أخى يشر إلى ما كانوا عليه في الجاهلية وقال عبد بن زمعة بل هو أخى ولد على فراش أبي يشير إلى ما استقر عليه الحكم في الإسلام فقضى رسول ﷺ لعبد بن زمعة ابطالا لحكم الجاهلية .

(١) عتبة بضم العين وسكون التاء المثناة من فوق وبالباء الموحدة ابن أبي وقاص ذكره العسكري في الصحابة وقال كان أصاب دما في قريش وانتقل إلى المدينة قبل الهجرة ومات في الإسلام وكذا قال أبو عمر ، وجزم به الذهبي في معجمه فأخطأ ، ولم يذكره الجمهور في الصحابة ، وذكره ابن منده فيهم واحتج بوصيته إلى أخيه سعد بابن وليدة زمعة وأنكره أبو نعيم وقال هو الذي شج وجه رسول الله ﷺ وكسر رباعيته يوم أحد وما علمت له إسلاما ولم يذكره أحد من المتقدمين في الصحابة وقيل إنه مات كافرا وروى معمر عن عثمان الجزري عن مقسم أن عتبة لما كسر رباعية رسول الله ﷺ دعا عليه فقال « اللهم لا يحول عليه الحول حتى يموت كافر ا فما حال عليه الحول حتى مات كافرا » وأم عتبة هند بنت وهب بن الحارث بن زهرة وعتبة هذا أخو سعد بن أبي وقاص لأبيه وأبو وقاص اسمه مالك بن أهيب ويقال وهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب القرشي أبو إسحاق الزهري أحد العشرة المبشرة بالجنة يلتقي مع =

فَقَامَ إِلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ(١) فَقَالَ : أَخِي ، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي ، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، فَتَسَاوَقَا(٢) إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ سَعْدٌ : يَارَسُولَ اللَّهِ ، ابْنُ أَخِي ، قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ : أَخِي ، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي . وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « هُوَ لَكَ يَاعَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ » ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ . وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ « احْتَجِبِي مِنْهُ » لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ ، قَالَتْ : فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ(٣) .

= رسول الله ﷺ في كلاب ابن مرة ويقال له فارس الإسلام مات سنة خمس وخمسين وهو المشهور في قصره بالعقيق وحمل على رقاب الناس إلى المدينة ودفن بالبقيع وهو آخر العشرة وفاة وكان عمره حين مات بضعاً وسبعين سنة وقيل ثلاثاً وثمانين وقيل غير ذلك وأمه حمنة بنت سفيان بن أبي أمية بن عبد شمس وقيل بنت أبي سفيان وقيل بنت أبي أسد .

(١) عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر ، وقال أبو نعيم : عبد زمعة بن الأسود العامري أخو سودة أم المؤمنين ، كان شريفا سيدا من سادات الصحابة ، قال الذهبي : كذا نسبة أبو نعيم فوهم إنما هو ابن زمعة بن قيس ، وزمعة بالزاي والميم والعين المهملة المفتوحات ، قيل بسكون الميم ، والولد المتنازع فيه اسمه : عبد الرحمن بن زمعة بن قيس ، وكانت أمه من موالي اليمن ، ولعبد الرحمن هذا عقبٌ بالمدينة وله ذكر في الصحابة ، وقال الذهبي في تجريد الصحابة : عبد الرحمن بن زمعة بن قيس القرشي العامري هو ابن وليد زمعة صاحب القصة ، وسودة بنت زمعة بن قيس القرشية العامرية أم المؤمنين يقال كنيتها وأم الأسود ، وأمها الشموس بنت قيس تزوجها رسول الله ﷺ بعد موت خديجة رضي الله عنها وكانت قبله عند السكران بن عمرو أخي سهل بن عمرو روت عن النبي ﷺ وروى عنها عبد الله بن عباس ويحيى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سعد ويقال ابن أسعد بن زرارة الأنصاري ماتت في آخر خلافة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه .

(٢) **(تساوقا)** : تنازعا وتخاصما .

(٣) الموطأ : ٧٣٩ ، ومن طريق مالك أخرجه الإمام أحمد ٢/٢٤٦ - ٢٤٧ مختصراً ، والبخاري =

٣٢٢٥١ - **قال أبو عمر** : [لَمْ يُخْتَلَفْ عَلى مَالِكٍ][(١)] ، وَلاَ عَلى ابْنِ شِهابٍ فِي هَذَا الحَدِيثِ ، إِلاَّ أَنَّ بَعْضَ أَصْحابِ ابْنِ شِهابٍ يَروِيهِ مُخْتَصراً ، لاَ يَذْكُرُ فِيهِ إِلاَّ قَولَهُ عَلَيهِ السَّلامُ : « الوَلَدُ لِلفِراشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ » بِهَذا الإِسْنَادِ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ .

٣٢٢٥٢ - وَعِنْدَ ابْنِ شِهابٍ أَيضاً ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، [وَأَبي سَلمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ][(٢)] ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النبيِّ ﷺ ، قَوْلُهُ : « الوَلَدُ لِلفِراشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ »[(٣)] دُونَ قِصَّةِ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ ، وَسَعْدٍ .

= في البيوع (٢٠٥٣) باب تفسير المشبهات ، وفي الوصايا (٢٧٤٥) باب قول الموصي لوصيه : تعاهد ولدي وفي المغازي (٤٣٠٣) باب رقم (٥٣) ، وفي الفرائض (٦٧٤٩) باب ميراث الملاعنة ، وفي الأحكام (٧١٨٢) باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه ، والدار قطني ٤/٢٤١ - ٢٤٢ ، والبيهقي في السنن ٧/٤١٢ .

وأخرجه الطيالسي (١٤٤٤) ، والحميدي (٢٣٨) والشافعي في المسند ٢/٣٠ ، وأحمد ٦/٣٧ و ١٢٩ و ٢٣٧ ، والدارمي ٢/١٥٢ ، والبخاري في البيوع (٢٢١٨) باب شراء المملوك من الحربي ، وفي الهبة (٢٤٢١) باب الخصومات ، وفي العتق (٢٥٣٣) باب أم الولد ، وفي الفرائض (٦٧٦٥) باب ميراث العبد النصراني ، وفي الحدود (٦٨١٧) باب للعاهر الحجر ، ومسلم في الرضاع باب الولد للفراش وتوقي الشبهات ، وأبو داود في الطلاق (٢٢٧٣) باب الولد للفراش ، والنسائي في الطلاق ٦/١٨٠ باب إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينفه صاحب الفراش ، وابن ماجه في النكاح (٢٠٠٤) باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، والدارقطني ٤/٢٤١ ، والبيهقي في السنن ٦/٨٦ و ٧/٤١٢ و ١٠/١٥٠ ، وفي « معرفة السنن والآثار » (١١ : ١٥٠٩٠) و ٢٦٦ من طرق عن الزهري ، به .

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) من هذا الوجه أخرجه مسلم في كتاب النكاح ، ح (٣٥٥٢) ، باب الولد للفراش ، وتوقي الشبهات (٤ : ١١١٥) من طبعتنا ، والترمذي في الرضاع ، ح (١١٥٧) ، =

٣٢٢٥٣ - وَكَذَلِكَ رَواهُ مُحمدُ بْنُ زِيادٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النبيِّ ﷺ(١) .

٣٢٢٥٤ - وَرُوِيَ ذَلِكَ أَيضاً مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ(٢) .

٣٢٢٥٥ - [وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ كُلَّهُ فِي « التَّمْهِيدِ »(٣) .

٣٢٢٥٦ - وَهُوَ أَثْبَتُ مَا يُرْوى عَنِ النَّبيِّ ﷺ(٤)] مِنْ أَخْبَارِ الآحَادِ العُدُولِ وَأَصَحُّها ، قَوْلُهُ ﷺ : « الوَلَدُ لِلْفِراشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ » ، وَهُوَ مَا تَلَقَّتْهُ الأُمَّةُ بِالقَبُولِ ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا إِلاَّ فِي شَيْءٍ مِنْ مَعْناهُ ، نَذْكُرُهُ فِي آخِرِ هَذا البَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ(٥) .

= باب ما جاء أن الولد للفراش (٣ : ٤٦٣) ، والنسائي في الطلاق (٦ : ١٨٠) ، باب إلحاق الولد بالفراش ، وابن ماجه في النكاح ، ح (٢٠٠٦) ، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر (١ : ٦٧٤) ، كلهم من حديث ابن عيينة به .

(١) من هذا الوجه أخرجه البخاري في المحاربين ، باب للعاهر الحجر ، وأعاده في كتاب الفرائض ، باب « الولد للفراش » حرة كانت أو أمة .

(٢) من هذا الوجه أخرجه أبو داود في الطلاق ، ح (٢٢٧٤) ، باب الولد للفراش (٢ : ٢٨٣) .

(٣) **التمهيد** (٨ : ١٧٨) وما بعدها .

(٤) سقط في (**ي ، س**) .

(٥) (فائدة) حديث « الولد للفراش وللعاهر الحجر » روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم فعن عائشة رضي الله تعالى عنها رواه البخاري ومسلم والنسائي وعن عثمان بن عفان رَوَى عنه الطحاوي أنه قال « إن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش » وأخرجه أبو داود في حديث طويل وعن أبي هريرة أخرجه مسلم من حديث ابن المسيب وأبي سلمة عنه أن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ورواه الترمذي والطحاوي أيضاً وعن أبي أمامة أخرجه ابن ماجه عنه مثله وأخرجه الطحاوي أيضاً وعن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أخرجه الشافعي في مسنده وابن ماجه في سننه من حديث عبيد الله ابن أبي يزيد عن أبيه عن عمر أن رسول الله ﷺ « قضى بالولد بالفراش » وعن عمرو بن خارجة أخرجه الترمذي =

٣٢٢٥٧ - وأَمَّا قِصَّةُ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ ، وَسَعْدِ بْنِ أَبي وَقَّاصٍ ، فَقَدْ أَشْكَلَ مَعْنَاهَا عَلَى أَكْثَرِ الفُقَهَاءِ ، وَتَأَوَّلُوا فِيهَا تَأْوِيلاتٍ . فَخرجَ جُوابها عَنِ الأُصُولِ الْمُجْتَمعِ عَلَيها .

٣٢٢٥٨ - فَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ الأُمَّةَ مُجْتَمِعَةٌ عَلى أَنَّ أَحَداً لاَ يَدَّعِي عَنْ أَحَدٍ دَعْوى إِلاَّ بِتَوْكِيلٍ مِنَ الْمُدَّعِي ، وَلَمْ يُذْكَرْ فِي هَذا الحَدِيثِ تَوكِيلُ عُتْبَةَ لأَخِيهِ سَعْدٍ عَلى مَا ادَّعَاهُ عَنْهُ ، [بِأَكْثَرَ مِنْ دَعْوى سَعْدٍ لِذَلِكَ ، وَهُوَ غَيرُ مَقْبُولٍ عِنْدَ الجَمِيعِ .

٣٢٢٥٩ - وأَمَّا دَعْوى عُتْبَةَ][1] لِلْوَلَدِ مِنَ الزِّنا ، فَإِنَّما ذَكَرَهُ سَعْدٌ ؛ لأَنَّهُ كَانَ فِي عِلْمِهِم فِي الجَاهِلِيَّةِ ، وَحُكْمِهِم دَعْوى الوَلَدِ مِنَ الزِّنا ، فَتَكَلَّمَ سَعْدٌ بِذَلِكَ ؛ لأَنَّهُم كَانُوا عَلى جَاهِلِيَّتِهِمْ حَتَّى يُؤْمَرُوا ، أَو يُنْهوا ، وَيَبِينُ لَهُم حُكْمُ اللَّهِ فِيما تَنَازَعُوا فِيهِ ، وَفِيما يُرادُ مِنْهُ التَعبُّدُ بِهِ ، فَكَانَتْ دَعْوى سَعْدٍ سَبَبَ البَيانِ مِنَ اللَّهِ - عزَّ وجلَّ - عَلى لِسانِ رَسُولِهِ ﷺ فِي أَنَّ العَاهِرَ لاَ يَلْحقُ بِهِ فِي الإِسْلامِ وَلَدٌ يَدَّعِيهُ مِنَ الزِّنا ، وَأَنَّ الوَلَدَ لِلْفِراشِ عَلى كُلِّ حَالٍ .

= من حديث عبد الرحمن بن غنم عنه أنه قال « خطبنا رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بمنى » الحديث وفيه « ألا لا وصية لوارث الولد للفراش وللعاهر الحجر » وعن عبد الله بن عمر وأخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قام رجل فقال يا رسول الله إن فلانا ابني عاهرت بأمه في الجاهلية فقال رسول الله ﷺ لا دعوة في الإسلام ذهب أمر الجاهلية الولد للفراش وللعاهر الحجر » وعن البراء وزيد بن أرقم أخرجه الطبراني من حديث أبي إسحاق عنهما قالا « كنا مع رسول الله ﷺ يوم غدير خم » الحديث وفي آخره « الولد لصاحب الفراش وللعاهر الحجر ليس لوارث وصية » وعن عبد الله بن الزبير أخرجه النسائي وقد ذكرناه عن قريب وعن عبد الله بن مسعود أخرجه النسائي أيضاً من حديث أبي وائل عنه عن رسول الله صلى الله تعالى وسلم قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

(١) سقط في (ي ، س) .

٣٢٢٦٠ - وَالفِرَاشُ النِّكاحُ ، أَو مِلْكُ اليَمِينِ ، لاَ غَيرَ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِرَاشٌ ، وَادَّعى أَحَدٌ وَلَداً مِنْ زِنا ، فَقَدْ كَانَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ - رضي الله عنه - يليطُ أَوْلاَدَ الجَاهِلِيَّةِ بمن استَلاطَهم ، وَيلحقُهم بِمَنِ اسْتَلْحَقَهُم إِذا لَمْ يَكُنْ هُناكَ فِراشٌ ؛ لأَنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ الجَاهِلِيَّةِ كَانُوا كَذَلِكَ(١) .

٣٢٢٦١ - وَأَمَّا اليَوم فِي الإِسْلامِ بَعْدَ أَنْ أَحْكَمَ اللَّهُ شَرِيعَتَهُ ، وَأَكْمَلَ دِينَهُ ، فَلاَ يلْحقُ وَلَدٌ مِنْ زِنا بِمُدَّعِيهِ أَبداً عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ العُلَماءِ كَانَ هُناكَ فِرَاشٌ ، أَو لَمْ يكُنْ .

٣٢٢٦٢ - حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ ، قَالَ : حدَّثني قَاسِمٌ ، قَالَ : حدَّثنا الخشنيُّ ، قالَ : حدَّثنا مُحمدُ بْنُ بشارٍ ، قالَ : حدَّثنا يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ ، قالَ : حدَّثنا حُسينٌ المُعلمُ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : لَمَّا فُتِحَتْ مَكَّةُ [عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ](٢) قَامَ رَجُلٌ فَقالَ : إِنَّ فُلاناً ابْنِي ، فَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لاَ دَعْوَةَ فِي الإِسْلامِ ، ذَهَبَ أَمْرُ الجَاهِلِيَّةِ ، الوَلَدُ لِلفِراشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الأَثْلبُ » قَالُوا : وَمَا الأَثْلبُ ؟ قَالَ : « الحَجَرُ »(٣) .

٣٢٢٦٣ - **قال أبو عمر** : أَجْمَعَ العُلماءُ - لاَ خِلافَ بَيْنَهُم فِيمَا عَلِمْتُهُ - أَنَّهُ لاَ يلْحقُ بِأَحدٍ وَلَدٌ يستَلْحقُهُ إِلاَّ مِنْ نِكاحٍ أَو مِلْكِ يَمِينٍ ، [فَإِذا كَانَ نِكاحٌ ، أَو مِلْكٌ](٤) فَالوَلَدُ لاَحِقٌ بِصَاحِبِ الفِرَاشِ عَلى كُلِّ حَالٍ .

٣٢٢٦٤ - وَالفِرَاشُ فِي الحُرَّةِ عَقْدُ النِّكاحِ عَلَيها مَعَ إِمْكانِ الوَطْءِ عِنْدَ الأَكْثَرِ .

---

(١) انظر أخبار القضاة (٢ : ١٩٣) ، والمغني (٦ : ٢٧٩) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق ، ح (٢٢٧٤) ، باب الولد للفراش (٢ : ٢٨٣) وقد تقدم ذكره مختصراً قريباً من هذا الموضع في هذا الباب عقب رواية محمد بن زياد عن أبي هريرة « الولد للفراش .. » .

(٤) سقط في (ك) .

٣٢٢٦٥ - وَالفِرَاشُ فِي الأَمَةِ عِنْدَ الحِجَازِيِّينَ إِقْرَارُ سَيِّدِهَا بِأَنَّهُ كَانَ يلمُّ بِهَا ، وَعِنْدَ الكُوفِيِّينَ إِقْرَارُهُ بِالوَلَدِ ، وَسَنُبَيِّنُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ - عزَّ وجلَّ ، فَلاَ يُنْتَفى وَلَدُ الحُرَّةِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ عَقْدِ النِّكَاحِ إِلاَّ بِلِعَانٍ ، وَحُكْمُ اللِّعَانِ فِي ذَلِكَ مَا قَدْ ذَكَرْنَاهُ ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً .

٣٢٢٦٦ - وَهَذِهِ الجُمْلَةُ كُلُّهَا مِنْ حُكْمِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ مِمَّا نَقَلَتْهُ الكَافَّةُ ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِيهِ إِلاَّ فِيمَا وَصَفْتُ .

٣٢٢٦٧ - وَمِنْ ذَلِكَ أَيضاً مِمَّا هُوَ خِلاَفُ الأُصُولِ المُجْتَمَعِ عَلَيهَا ، ادِّعَاءُ عَبْدِ ابْنِ زَمْعَةَ عَلَى أَبِيهِ وَلَداً بِقَولِهِ : « أَخِي ، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي ، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ » ، وَلَمْ يَأْتِ بِبَيِّنَةٍ ، تَشْهَدُ عَلَى أَبِيهِ بِإِقْرَارِهِ بِذَلِكَ ، وَفِي الأُصُولِ المُجْتَمَعِ عَلَيهَا أَنَّهُ لاَ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ عَلَى أَبِيهِ ، وَلاَ دَعْوَى أَحَدٍ عَلَى غَيرِهِ ، قَالَ اللَّهُ (عَزَّ وجلَّ) : ﴿ وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلا عَلَيْهَا ﴾ [الأنعام : ١٦٤] .

٣٢٢٦٨ - وَأَمَّا قَولُهُ ﷺ : « يَا عَبْدُ بْن زَمْعَةَ » فَقَدِ اخْتَلَفَ العُلَمَاءُ فِي مَعْنَاهُ عَلَى مَا نُورِدُهُ بِعَونِ اللَّهِ تعالى :

٣٢٢٦٩ - فَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْهُم : إِنَّمَا قَالَ لَهُ : « هُوَ لَكَ » ، أَيْ هُوَ أَخُوكَ ، كَمَا ادَّعَيْتَ ، قَضَى فِي ذَلِكَ بِعِلْمِهِ ؛ لأَنَّ زَمْعَةَ بْنَ قَيْسٍ كَانَ صِهْرَهُ ، وَسَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ كَانَتْ زَوْجَتَهُ ﷺ ، فَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ عَلِمَ أَنَّ تِلْكَ الأَمَةَ كَانَ يَمَسُّهَا زَمْعَةُ سَيِّدُهَا ، فَصَارَتْ فِرَاشاً لَهُ بِذَلِكَ ، فَأَلْحَقَ وَلَدَهَا بِهِ ؛ لِمَا قَدْ عَلِمَهُ مِنْ فِرَاشِ زَمْعَةَ ، إِلاَّ أَنَّهُ قَضَى بِهِ ؛ لاِسْتِلْحَاقِ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ لَهُ .

٣٢٢٧٠ - وَقَدْ مَضَى مَا لِلْعُلَمَاءِ فِي قَضَاءِ القَاضِي بِعِلْمِهِ فِي صَدْرِ هَذَا الكِتَابِ .

٣٢٢٧١ - وَمَنْ قَالَ بِهَذا لَمْ يجز عِنْدَهُ أَنْ يسْتَلحق [الأخ][١] بِحالٍ مِنَ الأحْوَالِ .

٣٢٢٧٢ - [وكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ : لاَ يسْتلحقُ أَحَدٌ غَيرَ الأبِ ، ولاَ يَقْضِي القَاضِي بِعِلْمِهِ .

٣٢٢٧٣ - وَالكُوفِيُّونَ يَقُولُونَ : يَقْضِي القَاضِي بِعِلْمِهِ عَلى اخْتِلاَفِهِم فِيما عَلِمَهُ قَبْلَ وِلاَيَةِ القَضاءِ ، وَبَعْدَ ذَلِكَ .

٣٢٢٧٤ - وَكُلُّهُم يَقُولُ : لاَ يسْتلحقُ الأَخُ بِحالٍ][٢] .

٣٢٢٧٥ - وَهُوَ أَحَدُ قَولَي الشَّافِعِيِّ ، وَإِليهِ ذَهَبَ المزنيُّ ، والبُويطيُّ ، وَهُوَ قَولُ جُمْهُورِ الفُقهاءِ ، أَنَّ الأَخَ لاَ يسْتلحقُ وَحْدَهُ كَانَ أَو مَعَ أَخٍ يُخالِفُهُ .

٣٢٢٧٦ - وَلِلشَّافعيِّ قَولٌ آخَرُ : أَنَّهُ يُقْبلُ إِقْرارُ الوَارِثِ عَلى المَوْرُوثِ[٣] بِالنَّسَبِ ، كَما يُقْبَلُ إِقْرارُهُ عَلَيهِ بِالدَّينِ إِذا لَمْ يكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيرَ المُقرِّ ، وَهُوَ قَولُ إِبْرَاهِيمَ النخعيِّ .

٣٢٢٧٧ - وَرَوَى الرَّبيعُ عَنْهُ فِي كِتابِ البُوَيْطيِّ ، قالَ[٤] : لاَ يَجُوزُ إِقْرارُ الأَخِ بِأَخِيهِ إِذا كَانَ ثَمَّ مَنْ يدْفعُهُ مِنَ الوَرَثَةِ ، وَلاَ يلْحقُ نَسَبهُ ، وَإِنْ لَمْ يكن ثَمَّ مَنْ يَدْفعُهُ لحقَ نَسبهُ ، واحْتجَ بِحَديثِ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ .

٣٢٢٧٨ - قالَ الرَّبيعُ : قَالَ أَبُو يَعْقُوبَ البويطيُّ : لاَ يَجُوزُ ذَلِكَ عِنْدِي ، كَانَ

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) ما مضى بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٣) في (ك) : المورث .

(٤) في (ي ، س) : أنه .

مَنْ يَدْفَعُهُ ثَمَّ أو لَمْ يكُنْ ؛ لأنَّهُ إنَّما يَجُوزُ إقْرَارُ الإنْسانِ على نَفْسِهِ ، وَهَذا يقرُّ على غَيْرِهِ ، وإنَّما ألْحَقَ النبيُّ - عليه السلام - [ابْنَ][1] وَلِيدةِ زَمْعةَ بِأبِيهِ ؛ لمَعْرِفَتِهِ بِفِرَاشِهِ ، وَاللَّهُ أعْلَمُ .

٣٢٢٧٩ - **قال أبو عمر** : المَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ أنَّ الأخَ لاَ يسْتلحقُ وَلاَ يثْبتُ بِقَولِهِ نَسَبٌ ، وَلاَ يلزمُ المُقِرّ بِأَخٍ أنْ يُعْطيَهُ شيْئاً مِنَ المِيرَاثِ مِنَ جِهَةِ القَضاءِ ؛ لأنَّهُ أقَرَّ لَهُ بِما لَمْ يثْبُتْ لَهُ أصْلُهُ .

٣٢٢٨٠ - وَسَنَذْكُرُ أصْلَ هَذهِ المَسْألَةِ فِي البَابِ بَعْدَ هَذا - إنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ .

٣٢٢٨١ - وَقَدْ قَالَ الشَّافعيُّ فِي غَيرِ مَوْضعٍ مِنْ كِتَابِهِ : لَو قُبِلَ اسْتِلْحاقُ غَيرِ الأبِ كَانَ فِيهِ حُقُوقٌ عَلى الأبِ بِغَيرِ إقْرَارِهِ ، وَلا بيِّنَةٍ تَشْهدُ عَلَيهِ .

٣٢٢٨٢ - وَقالَ مُحَمدُ بْنُ جريرٍ الطبريُّ : مَعْنى قَولِهِ ﷺ : « هُوَ لَكَ ياعبدُ ابْن زَمْعَةَ » ، أي هُوَ عَبْدٌ مِلْكاً ؛ لأنَّهُ ابْنُ وَلِيدَةِ أبِيكِ[2] ، وَكُلُّ أمَةٍ تَلِدُ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِها ، فَوَلَدُها عَبْدٌ ، يُرِيدُ أنَّهُ لما [لم][3] ينْقلُ فِي الحَدِيثِ اعْتِرَافُ سَيِّدِها بِوَطْئِها ، وَلاَ شَهدَ بِذَلِكَ عَلَيهِ ، وَكانَتِ الأصُولُ تَدْفَعُ قبُولَ ابنِه عَليهِ ؛ لَمْ يبْقَ إلاَّ القَضاءُ بِأنَّهُ عَبْدٌ تبعٌ لأمِّهِ ، وَأمَرَ سَوْدَةَ بِالاحْتِجابِ مِنْهُ ؛ لأنَّها لَمْ تَمْلكْ مِنْهُ إلاَّ شقْصاً .

٣٢٢٨٣ - وَهَذا أيضاً مِنَ الطَّبريِّ خِلافُ ظَاهِرِ الحَدِيثِ ؛ لأنَّ فِيهِ أخِي وَابْنَ

---

(١) ما بين الحاصرتين من (ط) فقط .

(٢) في (ي ، س) : أبيه .

(٣) زيادة متعينة ، أثبتناها من التمهيد (٨ : ١٨٩) .

وَلِيدَةِ أَبِي ، وُلِدَ عَلى فِرَاشِهِ ، فَلَمْ يُنكِر رَسُولُ اللَّهِ ﷺ [ذَلِكَ مِنْ قَولِهِ][(١)] ، وَلَكِنَّهُ قَولٌ خَارِجٌ مُحتَملٌ عَلى الأُصُولِ .

٣٢٢٨٤ – وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ : وَأَمَّا قَولُهُ : « هُوَ لَكَ [يَا عَبدُ بن زَمْعَةَ » فَمَعْنَاهُ][(٢)] هُوَ لَكَ بِيَدِكَ عَلَيهِ ، لاَ أَنَّكَ تَملِكُهُ ، وَلَكِن تَمنَعُ بِيَدِكَ عَلَيهِ كُلَّ مَنْ سِوَاكَ مِنْهُ ، كَمَا قَالَ فِي اللُّقطَةِ : هِيَ لَكَ بِيَدِكَ عَلَيهَا ، تَدفَعُ غَيرَكَ عَنهَا حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُهَا ، لَيسَ عَلى أَنَّهَا مِلكٌ لَهُ ، قَالَ : وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَجعلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ابناً لِزَمْعَةَ ، ثُمَّ يَأمُرُ أُختَهُ [أَنْ][(٣)] تَحتَجِبَ مِنهُ ، هَذَا مُحَالٌ ، لاَ يَجُوزُ أَنْ يُضَافَ إِلى النَّبِيِّ ﷺ .

٣٢٢٨٥ – قَالَ : وَلَيسَ قَولُ مَنْ قَالَ : إِنَّ ادِّعَاءَ سَعْدٍ فِي هَذَا الحَدِيثِ كَلاَ دَعْوَى بِشَيْءٍ ؛ لأَنَّ سَعْداً إِنَّمَا ادَّعَى شَيْئاً كَانَ مَعرُوفاً فِي الجَاهِلِيَّةِ مِنْ لُحُوقِ وَلَدِ الزِّنَا بِمَنِ ادَّعَاهُ .

٣٢٢٨٦ – قَالَ : وَقَدْ كَانَ عُمَرُ يَقضِي بِذَلِكَ فِي الإِسْلاَمِ – إِذَا لَمْ يَكُنْ فِرَاشٌ – فَادَّعَى سَعْدٌ وَصِيَّةَ أَخِيهِ بِمَا كَانَ يَحكُمُ فِي الجَاهِلِيَّةِ بِهِ ، فَكَانَتْ دَعْوَاهُ لأَخِيهِ كَدَعْوَى أَخِيهِ لِنَفسِهِ ، غَيرَ أَنَّ عَبدَ بن زَمْعَةَ قَابَلَهُ بِدَعْوَى تُوجِبُ عِتقاً لِلمُدَّعِي عَلى المُدَّعِ [عليه][(٤)] ؛ لأَنَّ مُدَّعِيَهُ كَانَ يَملِكُ بَعْضَهُ حِينَ ادَّعَى فِيهِ مَا ادَّعَى ، وَيَعتقُ عَلَيهِ مَا كَانَ

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) زيادة متعينة .

(٤) زيادة من (ي ، س) .

يَملكُ مِنهُ ، فكانَ ذَلكَ هُوَ الَّذي أبطلَ [دَعْوَى][١] سَعْدٍ ، ولما كانَ لِعبْدِ بنِ زَمْعَةَ شَرِيكٌ فِيما ادَّعَاهُ ، وَهِيَ أُخْتُهُ سَوْدَةُ ، ولَمْ يعلمْ مِنْها فِي ذَلِكَ التَّصْدِيق لمقالته أَلْزمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ مَا أَقَرَّ بِهِ فِي نَفْسِهِ ، ولَمْ يَجْعلْ ذَلكَ حُجَّةً على أُخْتِهِ إِذْ لَمْ تصدِّقْهُ ، ولَمْ تَجْعَلْهُ أَخاهَا ، وأَمَرَهَا بِالحِجَابِ مِنْهُ .

٣٢٢٨٧ - **قال أبو عمر** : قَولُ الطَّحَاوِيِّ حَسَنٌ كُلُّهُ إِلاَّ قَولَهُ : « فَكانَتْ دَعْوَى سَعْدٍ لأخِيهِ كَدَعْوَى أَخِيهِ لِنَفْسِهِ » ، هَذا لَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يظْهرْ فِي ذَلِكَ مَا يُصَدِّقُ دَعْوَاهُ عَلَى أَخِيهِ ، ولَمْ يُنْقَلْ فِي الحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ .

٣٢٢٨٨ - وقَالَ المزنيُّ : فَيحْتَمِلُ تَأْوِيلُ هَذا الحَدِيثِ عِنْدِي - واللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يكُونَ النبيُّ ﷺ أَجَابَ فِيهِ على المَسْأَلَةِ ، فَأَعْلَمَهُم بِالحُكْمِ أَنَّهُ هكَذا يكُونُ إِذا ادَّعى صَاحِبُ فِرَاشٍ وَصَاحِبُ زِنا إِلاَّ أَنَّهُ قبلَ على عُتْبَةَ قَولَ أَخِيهِ سَعْدٍ ، ولاَ على قَولِ زَمْعَةَ قَولَ ابْنِهِ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ ، أَنَّ أَبَاهُ أَوْلَدَها الوَلَدَ ؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُما أَخبرَ عَنْ غَيرِهِ .

٣٢٢٨٩ - [وقَدْ أَجْمَعَ المُسْلِمُونَ أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ إِقْرَارُ أَحَدٍ عَلى غَيرِهِ][٢] ، وَفِي ذَلِكَ عِنْدِي دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ حُكْمٌ خَرجَ عَلى المَسْأَلَةِ لِيُعَرِّفَهُمْ كَيْفَ الحُكْمُ فِي مِثْلِها إِذَا نَزَلَ ، وَلِذَلِكَ قَالَ لِسَوْدَةَ : « احْتَجِبِي مِنْهُ » ؛ لأَنَّهُ حُكْمٌ عَلى المَسْأَلَةِ .

٣٢٢٩٠ - وَقَدْ حَكى اللَّهُ - عزَّ وجلَّ - في كِتَابِهِ العَزِيزِ مِثْلَ ذَلِكَ فِي قِصَّةِ دَاوُدَ : ﴿ إِذْ دَخَلُوا عَلَيهِ فَفَزِعَ مِنْهُم قَالُوا لاَ تَخَفْ خصْمَانِ بَغى بَعْضُنَا على بَعْضٍ ﴾ [ص : ٢٢] ولَمْ يكُونَا خصْمَيْنِ ، وَلاَ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما تِسعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً ،

---

(١) بياض في الأصل أكملناه منَ **التمهيد** (٨ : ١٩٠) .

(٢) سقط في (**ي ، س**) .

ولَكِنَّهم كَلَّموهُ علَى المَسْأَلَةِ ؛ لِيعْرفَ بِها مَا أَرادُوا ، فَيحْتملُ أَنْ يكُونَ النبيُّ ﷺ حكمَ فِي هَذهِ القِصَّةِ عَلى المَسْأَلَةِ [، وإِنْ لَمْ يكُنْ أَحدٌ يُؤنسُنِي عَلى هَذَا التَّأْويلِ ، وكَانَ عِنْدِي ، فَهُوَ صَحِيحٌ][1] ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢٢٩١ - قَالَ المزنيُّ : لَمْ تَصِحَّ دَعْوى سَعْدٍ عَلى أَخيهِ ، ولاَ دَعْوى عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ عَلى أَبِيهِ ، ولاَ أَقَرَّتْ سَوْدَةُ أَنَّهُ ابنُ أَبِيها ، فَيكُونُ أَخَاها مَنَعهُ مِنْ رُؤْيتِها ، وأَمَرَها بِالاحْتِجابِ مِنْهُ ، ولَو ثَبَتَ أَنَّهُ أَخُوها مَا أَمرَها [أَنْ تَحتَجِبَ مِنْهُ][2] ؛ لأَنَّهُ ﷺ بُعِثَ بِصِلَةِ الأَرْحَامِ ، وقَدْ قَالَ لِعَائِشَةَ فِي عَمِّها مِنَ الرَّضَاعَةِ : « إِنَّهُ عَمُّكِ ، فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ »[3] .

٣٢٢٩٢ - ويَستَحِيلُ أَنْ يَأْمرَ زَوْجَتَهُ أَنْ لاَ تَحْتَجِبَ مِنْ عَمِّها مِنَ الرَّضَاعَةِ ، ويَأْمرَ زَوْجَةً لَهُ أُخرى أَنْ تَحْتَجِبَ مِنْ أَخِيها لأَبِيها .

٣٢٢٩٣ - قَالَ : ويَحتملُ أَنْ تَكُونَ سَوْدَةُ جَهِلَتْ مَا عَلِمَهُ أَخُوها عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، فَسكَتَتْ .

٣٢٢٩٤ - قَالَ المزنيُّ : فَلَمَّا لَمْ يَصِحَّ أَنَّهُ أَخٌ لِعَدمِ البَيِّنَةِ بِذَلِكَ ، أَو الإِقْرَارِ مِمَّنْ يَلْزَمُهُ إِقْرَارُهُ زَادَهُ بُعْداً فِي القُلُوبِ شَبَهُهُ بِعُتْبةَ ، أَمَرَها بِالاحْتِجابِ مِنْهُ ، فكَانَ جَوابُهُ ﷺ عَلى السُّؤَالِ ، لاَ على تَحْقِيقِ زِنا عُتْبَةَ بِقَولِ أَخيهِ ، ولاَ بِالولَدِ ، إِنَّهُ لِزَمْعَةَ بِقَولِ أَبِيهِ[4] ، بَلْ قَالَ : الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ عَلى قَولِكَ يَا عَبْدُ بن زَمْعَةَ ، لاَ عَلى مَا قَالَ سَعْدٌ ثُمَّ

---

(١) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٢) في (ي ، س) : بذلك .

(٣) الحديث مخرج في أول كتاب الرضاع ، فانظره هناك .

(٤) في (ي ، س) : ابنه .

أَخبرَنا بِالَّذي يكُونُ إِذَا ثَبَتَ مِثْلُ هَذا .

٣٢٢٩٥ - **قال أبو عمر** : قَولُ المزنيِّ هَذا أَصَحُّ فِي النَّظَرِ ، وَأَثْبَتُ فِي حكْمِ الأُصُولِ مِنْ قَولِ سَائِرِ أَصْحابِ الشَّافِعيِّ القَائِلِينَ إِنَّهُ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَمْنَعَ امْرَأَتَهُ مِنْ رُؤْيَةِ أَخِيها .

٣٢٢٩٦ - وَذَهَبُوا إِلى أَنَّهُ أَخُوها عَلى كُلِّ حَالٍ ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى بِالولَدِ لِلْفِراشِ ، وَأَلْحقَ ابْنَ أَمةِ زَمْعةَ بِفِرَاشِ زَمْعَةَ ، قَالُوا : وَمَا حكَمَ بِهِ ، فَهُوَ الحَقُّ لاَ شَكَّ فِيهِ .

٣٢٢٩٧ - وكَذَلِكَ قَولُهُ : « احتَجِبِي مِنْهُ » حُكْمٌ آخَرُ يَجُوزُ بِهِ أَنْ يَمْنَعَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ مِن رُؤْيَةِ أَخِيها .

٣٢٢٩٨ - وَقَالَ الكُوفِيُّونَ : فِي قَولِهِ : « احْتَجِبِي مِنْهُ يَاسَوْدَةُ » دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ جَعَلَ لِلزِّنَا حكْماً ، فَحرمَ بِهِ رُؤْيَةَ ذَلِكَ المُسْتلحقِ لأُخْتِهِ سَوْدَةَ ، وَقالَ لَها : احتَجِبِي مِنْهُ ؛ لِمَا رأَى مِنْ شبهِهِ بِعُتْبَةَ ، فَمَنَعَها مِنْ أَخِيها فِي الحُكْمِ ؛ لأَنَّهُ لَيسَ [بِأَخِيها][1] فِي غَيرِ الحُكْمِ ؛ لأَنَّهُ مِنَ زِنا فِي البَاطِنِ إِذْ كَانَ شَبِيهَا بِعُتْبَةَ ، فَجَعَلُوهُ كَأَنَّهُ أَجنَبِيٌّ لاَ يَراها بِحُكْمِ الزِّنا ، وَجعَلُوهُ أَخاهَا بِالفِرَاشِ ، وَزَعَمُوا أَنَّ مَا حرَّمَهُ [الحَلالُ][2] فَالزِّنا أَشَدُّ تَحْرِيماً لَهُ .

٣٢٢٩٩ - **قال أبو عمر** : قَولُ مَنْ قَالَ جَعلَهُ أَخَاها فِي الحُكْمِ ، وَلَمْ يَجْعَلْهُ أَخاهَا فِي غَيرِ الحُكْمِ قَولٌ فَاسِدٌ ، لاَ يعْقلُ ، وَتَخْلِيطٌ [لاَ يَصِحُّ ، وَلاَ يَعْقلُ][3] وَلاَ

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ط) .

يُفْـهَمُ ، ولاَ يصحُ عِنْدَهُ أدْنى تأمُّلٍ ؛ لأنَّ المُرَادَ المُبْتَـغى هُوَ حُكْمُ اللَّهِ (عَزَّ وجلَّ) على لِسانِ رَسُولِهِ ﷺ فِيما حكَمَ بِهِ فَهُوَ الحَقُّ ، وَخِلافُهُ بَاطِلٌ ، ولاَ يَجُوزُ أنْ يُضافَ إِلَيهِ أنَّهُ حَكَمَ بِشَيْءٍ وَضِدِّهِ فِي أمْرٍ وَاحِدٍ ، فَيَجْعَلُهُ أخَاها مِنْ وَجْهٍ ، وَغَيرَ أخِيها مِنْ وَجْهٍ .

٣٢٣٠٠ - هَذا لاَ يعْقلُ ، ولاَ تَحِلُّ إِضَافَتُهُ إِلى النَّبيِّ ﷺ ، وكَيْفَ يحكُمُ لِشبههِ عُتْبَةَ [بِحكْمٍ][(١)] بَاطِلٍ ، وَسُنَّتُهُ فِي المُلاَعَنَةِ أنَّها جاءَتْ بِالوَلَدِ عَلى النَّعْتِ الَّذِي رُمِيَتْ بِهِ ، ولَمْ يلْتفتْ إِلى ذَلِكَ ، وأمْضى حُكْمَ اللَّهِ فِيهِ .

٣٢٣٠١ - وَقَدْ حكى المزنيُّ ، عَنِ الشَّافعيِّ أنَّ رُؤْيَةَ بْنَ زَمْعةَ لِسَوْدَةَ مُباحٌ [فِي الحُكْمِ][(٢)] ، ولَكِنَّهُ كَرِهَهُ لِلشُّبْهةِ ، وأمَرَها بالتَّنزُّهِ عَنْهُ ، اخْتِياراً .

٣٢٣٠٢ - وَهَذا أيضاً وَجْـهٌ مُحْتملٌ ، وَمَـا قَدَّمْنَاهُ أصَحُّ ؛ لأنَّ سَوْدَةَ لَمْ تَعْرِفْهُ ، [ولَمْ تَقُلْ إِنَّهُ أخُوها][(٣)] ، ولَمْ يَلْزَمْها إِقْرارُ أخِيها .

٣٢٣٠٣ - وَقَدْ مَضى فِي ذَلِكَ مَا فِيهِ كِفَايَةٌ وَبَيانٌ ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيرًا .

٣٢٣٠٤ - حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ ، قالَ : حدَّثني قَاسِمٌ ، قَـالَ : حدَّثني الخشنيُّ ، قَالَ : حدَّثني ابْنُ أبي عُمَرَ ، قالَ : حدَّثنا سُفْيانُ ، عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ عطاءٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ زَنا بِامْرَأةٍ حُرَّةٍ ، أو بِأمَةِ قَوْمٍ ، فَالوَلَدُ وَلَدُ زِنا ، لاَ يَرِثُ ، وَلاَ يُورثُ ، الوَلَدُ لِلْفِراشِ ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ »[(٤)] .

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) تقدم في (٣٢٢٦٢) .

٣٢٣٠٥ - قَال سُفْيانُ : قَـالَ ابْنُ أَبي نُجيحٍ : قـالَ : أَوَّلُ حُكْمٍ بُدِّلَ فِي الإِسْلاَمِ اسْتِلحاقُ مُعاوِيةَ زِياداً .

٣٢٣٠٦ - وروى شُعْبَةُ ، عَنْ سَعْدِ بْنِ إبْرَاهِيـمَ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قالَ : أَوَّلُ قَضاءٍ عَلِمتُهُ مِنْ قَضاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ رَدُّ دَعْوَة زِيَادٍ .

٣٢٣٠٧ - **قال أبو عمر** : يَعْنِي - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - قَولهُ : « الوَلَدُ لِلْفِراشِ ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ » وَفِي قَولِهِ ﷺ إيجابُ الرَّجْمِ عَلى الزَّانِي إِذا كَانَ مُحْصَناً دُونَ البكْرِ .

٣٢٣٠٨ - وَهَذا إِجْماعٌ مِنَ الْمُسْلِمينَ أَنَّ البكْرَ لا رَجْمَ عَلَيهِ فِي ذَلِكَ .

٣٢٣٠٩ - وَقَدْ قِـيلَ إِنَّ قَولَهُ عَليهِ السَّلامُ : « الوَلَدُ لِلفِراشِ ، ولِلْعَاهِرِ الحَـجَرُ » ، أَيْ أَنَّ الزانِي لاَ شَيْءَ لَهُ فِي الوَلَدِ إِذَا ادَّعَاهُ عَلـى حَالٍ مِنَ الأَحْوالِ ، كَقَـولِهِم : « بِفِيكَ الحَجَرُ » ، أَيْ لاَ شَيْءَ لَكَ مِمَّا قُلْتَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

* * *

١٤١٧ - مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِي ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ابْنِ الْحَـارِثِ التَّيْمِيِّ ، عَـنْ سُلَيْمَانَ بْـنِ يَسَارٍ ، عَنْ عَـبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَـيَّةَ ؛ أَنَّ امْرَأَةً هَـلَكَ عَنْها زَوْجُـهَا ، فَـاعْتَدَّتْ أَرْبَعَـةَ أَشْهُـرٍ وَعَشْـراً ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ . فَمكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِها أَرْبعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ ، ثُم وَلَدتْ وَلَداً تَامًّا ، فَجَـاءَ زَوْجُهَـا إِلَى عُمَـرَ بْنِ الْخطَّابِ ، فَذَكَـرَ ذلِكَ لَهُ ، فَدَعَـا عُمَرُ نِـسْوَةً مِنْ نِسَاءِ الْجاهِلِيَّـةِ ، قُدَمَاءَ ، فَسَأَلَهُنَّ عَنْ ذلِكَ فَقَالَتِ امْـرَأَةٌ مِنْهُنَّ : أَنَا أُخْبِرُكَ عَنْ هذِهِ الْمَـرأَةِ ، هَلَكَ عَنْهَـا زَوْجُهَـا حِينَ حَـمَلَتْ مِنْهُ ، فَأُهْرِيـقَتْ عَلَيْهِ الدِّمَـاءُ ،

فَحَشَ وَلَدُهَا فِي بَطْنِهَا ، فَلَمَّا أَصَابَهَا زَوْجُهَا الَّذِي نَكَحَهَا ، وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ ، تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا ، وَكَبِرَ ، فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، وَقَالَ عُمَرُ : أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إِلاَّ خَيْرٌ ، وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالأَوَّلِ(١) .

٣٢٣١٠ - **قال أبو عمر** : اخْتَلَفَ العُلَماءُ فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ وَالعَشرِ لَيَالٍ الَّتِي جَعَلَها اللَّهُ تَعالى مِيقاتاً لِعِدَّةِ الْمُتَوفَّى عَنْها زَوْجُها ، هَلْ تَحْتاجُ فِيها إِلى حَيْضَةٍ أَمْ لاَ ؟ :

٣٢٣١١ - فَقالَ بَعْضُهم : لا تبرأُ إذا كَانَتْ مِمَّنْ تُوطَأُ إِلاَّ بِحيضَةٍ تَأْتِي بِها فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ وَالعَشرِ ، وَإِلاَّ فَهِي مُسترابَةٌ .

٣٢٣١٢ - وَقالَ آخَرُونَ : لَيْسَ عَلَيها أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشرٍ ، إِلاَّ أَنْ تَسْتَرِيبَ نَفْسَها رِيبةً بَيِّنَةً ؛ لأَنَّ هَذِهِ الْمُدَّةَ لاَبُدَّ فِيها مِنَ الحَيضِ فِي الأَغْلَبِ مِنْ أَمْرِ النِّساءِ ، إِلاَّ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ مِمَّنْ لاَ تَحِيضُ ، أَو مِمَّنْ عَرفَتْ مِنْ نَفْسِها ، أَو عُرِفَ مِنْها أَنَّ حَيْضَتَها لاَ تَأْتِيها إِلاَّ فِي أَكْثَرَ مِن هَذِهِ الْمُدَّةِ .

٣٢٣١٣ - وَقَدْ ذَكَرْنا حُكْمَ الْمُستَرابَةِ وَمَا لِلْعُلَماءِ فِيها مِنَ الْمَذاهِبِ فِي كِتابِ الطَّلاقِ ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً .

٣٢٣١٤ - وَقَدْ أَجْمَعَ عُلماءُ الْمُسْلِمِينَ بِأَنَّ الوَلَدَ لاَ يَلْحَقُ إِلاَّ فِي تَمامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَومِ النِّكاحِ ، فَما زادَ إِلى أَقْصى مُدَّةِ الحَمْلِ عَلى اخْتِلافِهِم فِيها .

٣٢٣١٥ - فَمَا لِكٌ يَجْعَلُهُ خَمْسَ سِنِينَ .

٣٢٣١٦ - وَمِنْ أَصْحابِهِ مَنْ يَجْعَلُهُ إِلى سَبْعِ سِنِينَ .

---

(١) الموطأ : ٧٤٠ ، والموطأ برواية أبي مصعب الزهري (٢٨٨٨) ، وسنن البيهقي (٧ : ٤٤٤) .

٣٢٣١٧ - وَالشَّافِعِيُّ مُدَّتُه عِنْدَهُ الغَايَةُ فِيها أَرْبَعَةُ سِنِينَ .

٣٢٣١٨ - وَالْكُوفِيُّونَ يَقُولُونَ : سَنَتَانِ لاَ غَير .

٣٢٣١٩ - وَمُحمدُ بْنُ عَبْدِ الحكَمِ يَقُولُ : [سَنَةٌ ، لاَ أَكْثر][1] .

٣٢٣٢٠ - وَدَاوُدُ يَقُولُ : تِسعَةُ أَشْهُرٍ ، لاَ يكُونُ عِنْدَهُ حَمْلٌ أَكْثَرُ مِنْها .

٣٢٣٢١ - وَهَذِهِ مَسْأَلَةٌ لاَ أَصْلَ لَها إلاَّ الاجْتِهادُ ، وَالرَّدُّ إِلى مَا عُرِفَ مِنْ أَمْرِ النِّساءِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

٣٢٣٢٢ - وَإِذا أَتَتِ المَرْأَةُ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ كَامِلَةٍ ، لَمْ يَلْحَقْ بِإِجْماعٍ مِنَ العُلماءِ .

٣٢٣٢٣ - وَاخْتَلَفُوا فِي المَرْأَةِ يُطَلِّقُها زَوْجُها فِي حِينِ العَقْدِ عَلَيها بِحضْرَةِ الحَاكِمِ ، أَو الشُّهُودِ ، فَتَأْتِي بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَصَاعِداً مِنْ ذَلِكَ الوَقْتِ عُقَيبَ العَقْدِ :

٣٢٣٢٤ - فَقالَ [مَالِكٌ][2] ، والشَّافعيُّ : لاَ يلْحقُ بِهِ ؛ لأَنَّها لَيْسَتْ بِفِرَاشٍ لَهُ إِذْ لَمْ يمْكنهُ الوَطْءُ ، وَلاَ تَكُونُ المَرْأَةُ فِرَاشاً بِالعَقْدِ المُجَرَّدِ حَتَّى يَنْضَمَّ إِلَيهِ إِمْكَانَ الوَطْءِ فِي العِصْمَةِ وَهُوَ كَالصَّغِيرِ أَو الصَّغِيرَةِ الَّذِي لاَ يُمْكِنُ لِلْوَاحِدِ مِنْهُما الوَطْءُ .

٣٢٣٢٥ - وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هِيَ فِرَاشٌ لَهُ ، وَيَلْحقُهُ وَلَدُها إِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَومِ العَقْدِ ، كَأَنَّهُ جَعَلَ الفِرَاشَ ، وَلُحُوقَ الوَلَدِ بِهِ تَعبُّداً ، كَما لَو رَأَى رَجُلٌ رَجُلاً يَطَأُ امْرَأَتَهُ ، أَو سرِيَّتَهُ ، أَو قَامَتْ بِذَلِكَ البَيِّنَةُ ، وَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لَحِقَهُ دُونَ الزَّانِي بِها إِذَا كَانَ يَطَأُها قَبْلُ أَو بَعْدُ .

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ك) .

٣٢٣٢٦ - **قال أبو عمر** : ذَكَرَ الطَّحاويُّ هَذا القولَ عَنْ أبي حَنيفَةَ ، واحْتجَّ لَهُ بِقَولِهِ : كَما لَو رأى رَجُلٌ رَجُلاً يطأُ امْرأتَهُ ، وجاءَتْ بِولَدٍ ألحق بِهِ دُونَ الزَّانِي إذَا كَانَ يطأُها قَبلُ أو بَعْدُ .

٣٢٣٢٧ - وإنَّما احتجَّ لَهُ بِذَلِكَ ؛ لأنَّهُ إجْماعٌ عِنْدَهُ ، لَمْ يَعلَمْ فيهِ خِلافاً ؛ لأنَّهُ إذَا اشْتَركَ الزِّنا ، والفِراشُ في وَقْتٍ واحِدٍ ، فالوَلَدُ لِلْفِراشِ عِندَ جُمْهُورِ العُلماءِ مِنَ السَّلَفِ والخَلَفِ ، إلاَّ أنَّ ابْنَ القَاسِمِ قالَ : إذا قَالَ : رأيْتُها اليَومَ تَزْنِي ، ووَطأْتُها قَبْلَ الرُّؤيَةِ فِي اليَومِ ، أو قَبْلَهُ ، ولَمْ أسْتبرأْ ، ولَمْ أرَ بَعْدَ الرُّؤيَةِ لاعَنَ ، ولَمْ يلحق بِهِ وَلَدُهُ إنْ أتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أشْهُرٍ أو أكْثَرَ ، وإنَّما يلْحقُ بِهِ الوَلَدُ إذَا أتَتْ بِهِ لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشْهُرٍ .

٣٢٣٢٨ - وَهَذا القَولُ قَدْ غلبَ فِيهِ الزِّنا عَلى الفِراشِ ، ولَمْ يَقُلْهُ أحَدٌ عَلِمتُهُ قَبْلَهُ ، وَهُوَ قَولٌ لاَ أصْلَ لَهُ ، وَقَدْ ذكرَ أنَّ مَالِكاً قَالَهُ مَرَّةً ، ثُمَّ رَجعَ عَنْهُ .

٣٢٣٢٩ - وَقَدْ رُوِيَ عَنِ المُغيرَةِ[1] نَحْوُ قَولِ ابْنِ القَاسِمِ .

٣٢٣٣٠ - وَقالَ أشْهَبُ ؛ وابْنُ عَبْدِ الحكمِ ، وَابْنُ الماجِشُونِ : الوَلَدُ لاَحِقٌ بِالزَّوْجِ عَلَى كُلِّ حَالٍ إذَا أقَرَّ بِوطْئِها ، ولَمْ يسْتبرِئْ ، ورآهَا تَزْنِي ، وَهَذا هُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « الوَلَدُ لِلْفِراشِ ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ » فَنَفى الوَلَدَ عَنْهُ الاشْتِرَاكُ والإمْكانُ عَنِ العَاهِرِ وألزمه بِالفِرَاشِ عَلى كُلِّ حَالٍ إذَا أمْكَنَ أنْ يكُونَ لِلْفِراشِ .

٣٢٣٣١ - وَقَدْ أجْمَعُوا أنَّهُ لَو رآهَا تَزْنِي ، ثُمَّ وَطِئَها [فِي يَومِ الزِّنا][2] ، أو

---

(١) المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومي ، تقدمت ترجمته بحاشية ، الفقرة (١٠ : ١٤٠٢٣) .

(٢) سقط في (ك) .

بَعْدَهُ أَنَّ الوَلَدَ لاَحِقٌ بِهِ ، لاَ ينفيه بِلعَانٍ أبداً ، وَحَسْبُكَ بِهَذا ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

* * *

١٤١٨ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ؛ أَنَّ عُمَرَ ابْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلاَدَ الجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعَاهُمْ فِي الإِسْلاَمِ ، فَأَتَى رَجُلاَنِ ، كِلاَهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَائِفاً ، فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا ، فَقَالَ الْقَائِفُ : لَقَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدِّرَّةِ ، ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ فَقَالَ : أَخْبِرِينِي خَبَرَكِ فَقَالَتْ : كَانَ هذَا ، لأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ ، يَأْتِينِي ، وَهِيَ فِي إِبِلٍ لأَهْلِهَا . فَلاَ يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّ وَتَظُنَّ أَنَّهُ قَدِ اسْتَمَرَّ بِهَا حَبَلٌ . ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا ، فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ دِمَاءٌ ، ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا هذَا ، تَعْنِي الآخَرَ ، فَلاَ أَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ ؟ قَالَ فَكَبَّرَ الْقَائِفُ ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلاَمِ : وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ[1] .

٣٢٣٣٢ - **قال أبو عمر** : رَوَى هَذا الحَدِيثَ ابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سُلَيمانَ بْنِ يَسَارٍ بِمَعْنَى حَدِيثِ مَالِكٍ سَواءً ،فَقَالَ سُفْيانُ : جَعَلَهُ عُمَرُ بَيْنَهُما يَرِثَانِهِ ، وَيَرِثُهما حِينَ اشْتَرَكا فِيهِ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : هُوَ لِلَّذِي أَتَاها أَخْرى ، قَالَ سُفْيانُ : وَقَوْلُهُ : « وَالِ أَيَّهُما شِئْتَ » أَيْ انْتَسِبْ إلى أَيِّهما شِئْتَ .

٣٢٣٣٣ - **قال أبو عمر** : أَمَّا قَوْلُهُ : إِنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلاَدَ الجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعَاهُم فِي الإِسْلاَمِ ، فَقَدْ مَضَى القَوْلُ ، أَنَّ هَذا مِنْهُ كَانَ خَاصاً فِي وِلاَدَةِ

---

(١) الموطأ : ٧٤٠ - ٧٤١ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٨٩) ، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في الأم (٦ : ٢٤٧) ، وعبد الرزاق في المصنف (٧ : ٣٦٠) ، والبيهقي في السنن (١٠ : ٢٦٣) ، وفي « معرفة السنن والآثار » (١٤ : ٢٠٣١٧) .

الجَاهلِيَّةِ حَيْثُ لَمْ يكُنْ فِرَاشٌ .

٣٢٣٣٤ - وأَمَّا فِي وِلاَدَةِ الإِسْلامِ ، فَلاَ يَجُوزُ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ العُلماءِ أَنْ يلْحق ولَدٌ مِنْ زِنا .

٣٢٣٣٥ - حدَّثني أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : حَدَّثَني المَيْمُونُ بْنُ حَمْزَةَ ، قالَ : حَدَّثَني الطَّحاويُّ ، قَالَ : حدَّثني المزنيُّ ، قالَ : حدَّثني الشَّافعيُّ ، قالَ : أَخْبرَنا سُفْيانُ ابنُ عُيَينة عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بنِ أَبي يَزِيدَ ، عَنْ أَبِيهِ ، قالَ : أَرْسَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ إِلى شَيْخٍ مِنْ بَنِي زهْرةَ - مِنْ أَهْلِ [دَارِنا فَذَهَبْتُ مَعَ الشَّيْخِ إِلى عُمَرَ ، وَهُوَ فِي الحجرِ فسأَلَهُ عَنْ وِلادِ مِنْ وِلادِ الجَاهِلِيَّةِ ؟ قالَ : وكَانَتِ المَرْأَةُ فِي][1] الجَاهِلِيَّةِ إِذا طَلَّقَها زَوْجُها ، أَو مَاتَ عَنْها نكحَتْ بِغَيرِ عِدَّةٍ ، فَقالَ الرَّجُلُ : أَمَّا النُّطْفَةُ فَمِنْ فُلانٌ ، وأَمَّا الوَلَدُ ، فَهُوَ عَلى فِراشِ فُلاَنِ ، فَقَالَ عُمَرُ : صَدَقْتَ ، ولَكِنْ قَضى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالوَلَدِ لِلْفِراشِ[2] .

٣٢٣٣٦ - حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ ، قَالَ : حدَّثني قَاسِمٌ ، قالَ : حدَّثني الخشنيُّ ، قالَ : حدَّثني ابْنُ أَبي عُمَرَ ، قالَ : حدَّثني سُفْيَانُ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبي يَزِيدَ ، عَنْ أَبِيهِ ، قالَ : دَخَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ الحَجْرَ ، فَأَرْسَلَ إِلى رَجُلٍ مِنْ بَنِي زهْرَةَ يسأَلُهُ عَنْ وِلاَدٍ مِنْ وِلادِ الجَاهِلِيَّةِ [فخرجَ إِليَّ ، فَذَهَبْتُ معَهُ ، فَأَتاهُ ، وَهُوَ فِي الحِجْرِ ، فَسَأَلَهُ ، وكَانَ أَهْلُ الجَاهِلِيَّةِ][3] إِذا مَاتَ الرَّجُلُ ، أَو طَلَّقَ لَمْ تَعْتَدَّ امرأَتُهُ ، فَقَالَ : أَمَّا النُّطْفَةُ فَمِنْ فُلانٍ ، وأَمَّا الفِرَاشُ فَلِفُلانٍ ، فَقالَ لَهُ عُمَرُ : صَدَقْتَ ، ولَكِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) التمهيد (٨ : ١٩٣ - ١٩٤) ، وسنن البيهقي (٧ : ٤٠٢) .

(٣) سقط في (ط) .

قَضى أَنَّ الوَلَدَ لِلْفِرَاشِ .

٣٢٣٣٧ - **قال أبو عمر** : لَمْ يَلْتَفِتْ عُمَرُ إِلى قَولِ القَائِفِ مَعَ الفِرَاشِ ، وَعَلى هَذا جَمَاعَةُ النَّاسِ .

وَأَمَّا القَولُ بِالقَافَةِ فَأَبَاهُ الكُوفِيُّونَ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ العِراقِ وَرَوَوا عَنْ عُمَرَ مِنْ حَدِيثِ الشَّعبيِّ ، وَإِبْرَاهِيمَ أَنَّ عُمَرَ قَالَ لِرَجُلَيْنِ تَداعَيَا وَلَدَ امْرَأَةٍ : هُوَ ابْنكُمَا ، وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْكُمَا[١] .

٣٢٣٣٨ - وَذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنِ الثَّوْرِيِّ ، عَنْ قابوسِ بْنِ أَبِي ظبيانَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عَلِيٍّ - رضي الله عنه - أَنَّهُ أَتاهُ رَجُلانِ ، وَقَعَا عَلى امْرَأَةٍ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ ، فَقَالَ : الْوَلَدُ بَينَكُمَا ، وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْكُما[٢] .

٣٢٣٣٩ - وَعَنْ أَبي حَنِيفَةَ ، عَنْ حَمَّادٍ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ[٣] ، قَالَ : هُوَ ابْنهُمَا يَرِثَانِهِ ، وَيرِثُهُمَا[٤] .

٣٢٣٤٠ - وَعَنْ سُفْيانَ الثَّورِيِّ فِي رَجُلَيْنِ تَنَازَعَا وَلَداً ، يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما إِنَّهُ وَلَدَ عَلى فِرَاشِهِ ، إِلاَّ أَنَّهُ فِي يَدِ أَحَدِهِما ، قَالَ : هُوَ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ إِذا وَضَعَتْهُ فِي سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ كَانَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ ،إِلاَّ أَنْ يَكُونَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بِيومٍ ،

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٣٦٠) ، وسنن البيهقي الكبرى (١٠ : ٢٦٤) ، ومعرفة السنن (٢٠٣٢٩) .

(٢) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٣٥٩ - ٣٦٠) ، السنن الكبرى للبيهقي (١٠ : ٢٦٧ - ٢٦٨) ، معرفة السنن (٢٠٣٤٤) .

(٣) المصنف (٧ : ٣٦٠) ، الأثر (١٣٤٧٤) ، وفيه : « في الرجلين يقعان عن المرأة في طهر واحد ثم تلد ، قال : إن ادعاه الأول ألحق به ، وإن ادعاه الآخر ألحق به ، وإن شكا فيه فهو ابنهما : يرثهما ويرثانه » .

أَو يَوْمَيْنِ ، قَالَ : هَذا فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ الجَارِيَةَ مِنَ الرَّجُلِ ، ثُمَّ يَدَّعِي وَلَدَها وَيَدَّعِي المُشْتَرِي .

٣٢٣٤١ – وَقَالَ سُفْيانُ الثَّورِيُّ فِي الوَلَدِ يَدَّعِيهِ الرَّجُلانِ أَنَّهُ يَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما نَصِيبَ ذَكَرٍ تَامٍّ ، وَهُمَا جَمِيعاً يَرِثَانِهِ [الثُّلُثَ][1] ، فَإِذا مَاتَ أَحَدُهُما فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنهُما ، وَمَنْ نَفَاهُ أَحَدُهما لَمْ يُضْرَبِ الحَدَّ حَتَّى يَنْفِيَهُ مِنْهُما جَمِيعاً فَإِذا صَارَ لِلْبَاقِي مِنْهُما فَإِنَّهُ يَرِثُ إِخْوَتَهُ مِنَ المَيِّتِ ، وَلاَ يَرِثُونَهُ ؛ لأَنَّهُ يَحْجُبُهُمْ أَبُوهُ الحَيُّ ، وَيَرِثُهُمْ هُوَ ؛ لأَنَّهُ أَخُوهم وَيَكُونُ مِيرَاثُهُ لِلْبَاقِي وَعَقْلُهُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا مَاتَ الآخَرُ مِنَ الأَبَوَيْنِ صَارَ عَقْلُهُ وَمِيرَاثُهُ لِلإِخْوَةِ مِنَ الأَبَوَيْنِ جَمِيعاً .

٣٢٣٤٢ – وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحمدٌ : لاَ يُقْضَى بِقَولِ القَافَةِ فِي شَيْءٍ ، لاَفِي نَسَبٍ ، وَلاَ فِي غَيْرِهِ .

٣٢٣٤٣ – قَالُوا : وَإِنِ ادَّعَى رَجُلاَنِ مُسْلِمَانِ وَلَداً جُعِلَ بَيْنَهُما وَجُعِلَتِ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُما .

٣٢٣٤٤ – فَإِنْ كَانُوا ثَلاثَةً ، وَادَّعَوا وَلَداً ، لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُم فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ .

٣٢٣٤٥ – وَقَالَ مُحمدٌ : يَكُونُ ابْنَ الثَّلاثَةِ إِذَا ادَّعوهُ مَعاً ، كَما يَكُونُ بَيْنَ الاثْنَيْنِ .

٣٢٣٤٦ – وَلَو كَانَتِ الأَمَةُ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ ، فَادَّعَيَاهُ جَمِيعاً ، فَإِنَّهُ يُجْعَلُ ابْنَ المُسْلِمِ مِنْهُما عِنْدَهُم ، وَيَضْمنُ قِيمَةَ الأَمَةِ لِشَرِيكِهِ ، وَنِصْفَ العقْد .

٣٢٣٤٧ – وَقَالَ زُفَرُ : يَكُونُ ابْنَهُما جَمِيعاً ، ويكون مُسْلِماً ، وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ

---

(١) سقط في (ي ، س) .

عَنْ أبي حَنِيفَةَ ، وَاخْتَارَهُ الطَّحَاوِيُّ .

٣٢٣٤٨ - وَأَمَّا قَوْلُ أَهْلِ الحِجَازِ [فِي القَضَاءِ][1] بِالقَافَةِ[2] :

٣٢٣٤٩ - فَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، وابْنِ عَبَّاسٍ وأَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ، وَلاَ مُخَالِفَ لَهُمْ مِنَ الصَّحابَةِ .

٣٢٣٥٠ - وَهُوَ قَوْلُ عَطاءِ بْنِ أَبي رَبَاحٍ .

٣٢٣٥١ - وَبِهِ قَالَ [مالك ، وأحمد][3] [واللَّيْثُ][4] ، وَالأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ .

٣٢٣٥٢ - وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ ، وَبِهِ قَضَى فِي مَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ .

٣٢٣٥٣ - وَقَدْ زَعَمَ بَعْضُ مَنْ لاَ يرى القَوْلَ بِالقَافَةِ أَنَّ عُمَرَ إِنَّمَا ضَرَبَ القَائِفَ بِالدِّرَّةِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يرَ قَوْلَهُ شَيْئاً يُعْمَلُ بِهِ ، وَهَذا تَعَسُّفٌ يُشْبِهُ التَّجَاهُلَ ؛ لأَنَّ قَضَاءَ عُمَرَ

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) ممن أثبت الحكم بالقافة عمر بن الخطاب وابن عباس وعطاء ومالك والأوزاعي والشافعي وأحمد وعامة أهل الحديث .

وقال الحنفية في الولد المشكل يدعيه اثنان : يقضي به لهما وأبطلوا الحكم بالقافة .

واختلفت أقاويلهم في ذلك ؛ فقال أبو حنيفة : يلحق الولد برجلين وكذلك بامرأتين . وقال أبو يوسف يلحق برجلين ولا يلحق بامرأتين .

وقال محمد : يلحق بالآباء وإن كثروا ، ولا يلحق إلا بأم واحدة .

واختلف القائلون بالقافة إذا قالت إن الولد منهما جميعاً .

قال الشافعي : إذا كان الولد كبيراً قيل له انتسب إلى أيهما شئت . وقال أبو ثور : يلحق بهما .

(٣) سقط في (ك) .

(٤) في (ك) فقط .

بِالقَافَةِ أَشْهَرَ وَأَعْرَفُ مِنْ أَنْ يحتاجَ إِلَيهِ إِلى شَاهِدٍ ، بَلْ إِنَّما ضربَهُ بقولِهِ : « اشتركَا فِيهِ » ، وكَانَ يظنُّ أَنَّ مَاءَيْنِ لاَ يَجتَمِعَانِ فِي وَلَدٍ وَاحِدٍ ، استِدْلالا بِقَولِهِ تعالى : ﴿ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وأُنثى ﴾ [الحجرات : ١٣] وَلَمْ يَقُلْ مِنْ ذَكَرَيْنِ وأُنثى .

أَلاَ ترى أَنَّهُ قَضى بِقَولِ القَائِفِ ، وَقَالَ : « وَالِ أَيَّهُما شِئْتَ »[١] .

٣٢٣٥٤ – قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا ادَّعى اللَّقِيطَ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، أُرى القَافَةَ ، فَبِأَيِّهِم أَلْحَقُوهُ لَحِقَ بِهِ .

٣٢٣٥٥ – وَلَمْ يَختَلِفْ قَولُ مَالِكٍ ، وَأَصْحابِهِ إِذا قَالَتِ القَافَةُ قَدِ اشتَركَا فِيهِ أَنْ يُوقَفَ الصَّبِيُّ حَتَّى يبْلُغَ فِيهِ ، وَيُقالُ لَهُ : « وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ » وَإِنَّهُ إِنْ مَاتَ قَبْلَ البُلُوغِ ، وَالْمُوَالاةِ كَانَ مِيرَاثُه بَيْنَ الأَبَوَيْنِ .

٣٢٣٥٦ – [وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الأَبَوَيْنِ][٢] وقفَ مِيراثُ الوَلَدِ مِنْهُ ، فَإِنْ وَالاهُ أَخذَ مِيراثَهُ ، وَإِنْ وَالى الحَيَّ لَمْ يكُنْ لَهُ مِنْ مِيرَاثِ المَيِّتِ شَيءٌ .

وَإِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا قَبْلَ البُلُوغِ فَهَاهُنا اخْتَلَفُوا ، وَقَدْ ذَكَرنَا اختِلاَفَهُمْ فِي كِتَابِ « اختِلاَفِ أَقْوالِ مَالِكٍ ، وَأَصْحابِهِ » .

٣٢٣٥٧ – وَاختَلَفُوا هَلْ يُقْبَلُ قَولُ القَائِفِ الوَاحِدِ أَمْ لاَ ؟ :

٣٢٣٥٨ – فَعِنْدَ مَالِكٍ فِيهِ رِوَايَتانِ : (أَحَدُهما) : لاَ يُقْبَلُ إِلا قَائِفانِ .

(والأُخْرى) : يُقْبَلُ قَولُ القَائِفِ الوَاحِدِ .

٣٢٣٥٩ – وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأَنَّهُ عِنْدَهُ كَالحَاكِمِ ، لاَ كالشُّهُودِ .

---

(١) راجع السنن الكبرى (١٠ : ٢٦٣) ، معرفة السنن (٢٠٣٤١) (١٤ : ٣٧٠ – ٣٧١) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

٣٢٣٦٠ - وَهُوَ الأشْهَرُ عَنْ مَالِكٍ ، وَعَلَيهِ أكْثَرُ أصْحابِهِ .

٣٢٣٦١ - وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ ، وَمَنْ لَمْ يَقْبَلْ مِنْ أصْحابِ مَالِكٍ فِيهِ إلاَّ قَائِفَيْنِ جَعَلَهُما كَالشَّاهِدَيْنِ ، وهُوَ عِنْدِي أحْوطُ ، وَاللَّهُ أعْلَمُ .

٣٢٣٦٢ - وَقَولُ الشَّافِعِيِّ(١) فِي أنَّ الوَلَدَ إذَا كَانَ صَغِيراً انْتُظِرَ بِهِ البُلُوغُ كَقَولِ مَالِكٍ سَواءً ، فَلاَ يَكُونُ ابْناً لَهُما ، ولَكِنْ يُوالِي مَنْ شَاءَ مِنْهُما عَلى مَا رَوى أهْلُ المَدِينَةِ عَنْ عُمَرَ - رضي الله عنه - .

٣٢٣٦٣ - وَفِي دُعَاءِ عُمَرَ لَهُ القَافَةَ حِينَ ادَّعَاهُ اثْنَانِ دَلِيلٌ عَلى أنَّهُ لاَ يَكُونُ ابْناً لاثْنَيْنِ أبداً ، وَإنَّما دَعا لَهُ القَائِفَ لِيلحقَهُ بِأحَدِهما ، فَلَمَّا قالَ : اشْتَرَكَا فِيهِ ، قالَ لَهُ : وَالِ أيَّهُما شِئْتَ .

٣٢٣٦٤ - وَقَدْ رُوِيَ عَنْ بَعْضِ المُفَسِّرِينَ أنَّهُ قَالَ فِي قَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ﴾ [الأحزاب : ٤]

قَالَ : لَمْ أجِدِ اللَّهَ تعالى ، وَلاَ رَسُولَهُ ﷺ نَسَبَا أحَداً إلاَّ إلى أبٍ وَاحِدٍ .

٣٢٣٦٥ - وَقَالَ أبُو ثَورٍ : يَكُونُ ابْنَهُما إذَا قال القَائِفُ قَدِ اشْتَرَكَ فِيهِ ، يَرِثُهما ، وَيَرِثانِهِ .

٣٢٣٦٦ - وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ أنَّهُ جَعَلَهُ ابْنَهُما .

٣٢٣٦٧ - وَاخْتَلَفَ الشَّافِعِيُّ ، وَمَالِكٌ فِي القَضَاءِ بِالقَافَةِ فِي أوْلادِ الحَرائِرِ :

٣٢٣٦٨ - فَقالَ مَالِكٌ ، وأكْثَرُ أصْحابِهِ لَيْسَ لِلقَافَةِ فِي أوْلاَدِ الحَرَائِرِ قَولٌ ، وَإنَّما يُقْبَلُ قَولُهم فِي الإمَاءِ .

---

(١) في **الأم** (٦ : ٢٤٧) باب « دعوى الولد » .

٣٢٣٦٩ - وَقَالَ الشَّافعيُّ : الحَرَائِرُ ، وَالإِمَاءُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ إِذا أَمْكنت الدَّعْوى بِهِ .

٣٢٣٧٠ - وقَالَ أَشْهَبُ : مَا كَانَتِ القَافَةُ إلاَّ فِي الحَرَائِرِ ، وَبِهِ نَقُولُ .

٣٢٣٧١ - وَقَالَ الشَّافعيُّ[1] : إِذَا ادَّعَى الحُرُّ وَالعَبْدُ أَو المُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ مَوْلُوداً - قَدْ وُجِدَ لَقِيطاً ، فَلاَ فَرْقَ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنْهُم ، كَمَا لاَ يَكُونُ بَيْنَهُم فَرْقٌ فِيما يَمْلِكُونَ - فَرَآهُ القَافَةُ فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُما ، فَهُوَ ابْنُهُ أَبداً ، وَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِأَكْثَرَ لَمْ يَكُنِ ابْنَ وَاحِدٍ مِنْهُم حَتَّى يَبْلُغَ ، فَينتَسبَ إِلى أَيِّهِم شَاءَ ، وَيَكُونَ ابْنَهُ ، وَتَنْقَطِعَ عَنْهُ دَعْوى الآخَرِ ، وَهُوَ حُرٌّ فِي كُلِّ حَالاَتِهِ ، بِأَيِّهِم أَلْحَقَتْهُ القَافَةُ ؟ لأَنَّ أَصْلَ النَّاسِ الحُرِّيَّةُ حَتَّى يعْلَمَ العُبُودِيَّةَ .

٣٢٣٧٢ - وَمِنَ الحُجَّةِ فِي القَضَاءِ [بالقَافَةِ][2] مَعَ مَا رُوِيَ فِي ذَلِكَ عَنِ الصَّحابَةِ - رضي الله عنهم - حَدِيثُ ابْنِ شِهابٍ عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : دَخلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَسْرُوراً ، تَبْرقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ ، فَقالَ : « أَلَمْ تَسْمَعِي ما قالَ مجززٌ المُدَلَّجِيُّ لِزَيْدٍ ، وأُسامةَ - وَرَأَى أَقْدَامَهُما فَقالَ - : إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُها مِنْ بَعْضٍ » .

٣٢٣٧٣ - رَوَاهُ جَمَاعَةٌ مِنْ [ثقات][3] أَصْحابِ ابْنِ شِهابٍ عَنْهُ[4] .

---

(١) في الأم (٦ : ٢٤٨) باب « دعوى الولد » .

(٢) من (ط) فقط .

(٣) سقط في (ك) .

(٤) أخرجه البخاري في المناقب ، ح (٣٥٥٥) ، باب صفة النبي ﷺ (٦ : ٥٦٤) من فتح الباري من حديث ابن جريج ، وفي فضائل الصحابة ، ح (٣٧٣١) ، باب مناقب زيد بن حارثة .. =

٣٢٣٧٤ – وَرَوى معمرٌ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ : أَنَّ عُمَرَ دَعَا القَافَةَ فرَأَوا شَبهَ الوَلَدِ فِي الرَّجُلَيْنِ ، وَرَأَى عُمَرُ مِثْلَ مَا رَأَتِ القَافَةُ ، قَالَ : قَدْ كُنْتُ أَعْلَمُ أَنَّ الكلبةَ تلقحُ الأَكْلُبَ فيكون كل جَرْوٍ لأَبِيهِ ، وَمَا كُنْتُ أَرَى أَنَّ مَاءَيْنِ يَجْتَمِعَانِ فِي وَلَدٍ وَاحِدٍ .

٣٢٣٧٥ – وَمَعمرٌ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ أَبِي قِلاَبَةَ فِي هَذِهِ القِصَّةِ أَنَّ عُمَرَ قَالَ فِي هَذا : أَمْرٌ لاَ أَقْضِي فِيهِ شَيْئاً ، ثُمَّ قَالَ لِلْغُلاَمِ : اجْعَلْ نَفْسَكَ حَيْثُ شِئْتَ .

٣٢٣٧٦ – وَمَعمرٌ ، عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ عُروَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ : أَنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا وَلَداً ، فَدعَا عُمَرُ بالقَافَةِ ، وَاقْتَدى فِي ذَلِكَ بِنَظَرِ القَافَةِ ، وَأَلْحَقَهُ بِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ .

٣٢٣٧٧ – وَمَعمرٌ ، عَنِ الزُّهريِّ فِي رَجُلٍ وَقَعَ عَلى أَمَةٍ فِي عِدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا ، فَقَالَ : يُدْعى لِوَلَدِها القَافَةُ فَإِنَّ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ ، وَمَنْ بَعْدَهُ قَدْ أَخَذُوا بِنَظَرِ القَافَةِ فِي مِثْلِ هَذا .

= (٧ : ٧٨) من فتح الباري من حديث إبراهيم بن سعد . وفي الفرائض ح (٦٧٧٠) من حديث الليث ، وح (٦٧٧١) من حديث سفيان بن عيينة باب القائف (١٢ : ٥٦) من فتح الباري – أربعتهم عن الزهري به .

وأخرجه مسلم من حديثهم وحديث يونس ومعمر عن الزهري في كتاب الرضاع ، ح (٣٥٥٣ – ٣٥٥٦) باب العمل بإلحاق القائف الولد (٤ : ١١٢٠) من طبعتنا .

وأخرجه من حديث الزهري أيضاً أبو داود في الطلاق ، ح (٢٢٦٧ – ٢٢٦٨) (٢ : ٢٨٠) ، باب في القافة . والترمذي في الولاء والهبة ، ح (٢١٢٩) ، باب ما جاء في القافة (٤ : ٤٤٠) . والنسائي في الطلاق (٦ : ١٨٤) (في المجتبى) ، وفي القضاء (في الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (١٢ : ٣٦) ، وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٤٩) ، باب القافة (١ : ٧٨٧) .

٣٢٣٧٨ - **قال أبو عمر** : قَدْ رُوِيَ فِي هَذا الحَدِيثِ حَدِيثٌ مُسْنَدٌ حَسَنٌ ، أَخَذَ جَماعَةٌ مِنْ أَهْلِ الحَدِيثِ بِهِ ، وَمِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ .

٣٢٣٧٩ - وَرَواهُ الثَّوريُّ عَنْ صَالِحِ بْنِ يَحْيَى ، عَنِ الشَّعبيِّ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، قالَ : كَانَ عَلِيٌّ - رضي الله عنه - بِاليَمَنِ ، فَأُتي بِامْرَأَةٍ وَطِئَها ثَلاثَةٌ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ فَسَأَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُم أَنْ يقرَّ لِصَاحِبِهِ ، فَأَبى ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُم ، وَقَضى بِالوَلَدِ لِلَّذِي أَصَابَتْهُ القُرْعَةُ ، وَجَعَلَ عَلَيهِ ثُلُثَي الدِّيَةِ ، فَرفعَ ذَلِكَ إلى النبيِّ ﷺ ، فَأَعْجَبَهُ وَضَحِكَ حَتَّى بَدَتْ نَواجِذُهُ[1] .

٣٢٣٨٠ - وَرَوَاهُ ابنُ عُيَينَةَ ، عَنِ الأَجْلَحِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الكنديِّ ، عَنِ الشعبيِّ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الخليلِ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، قالَ : أُتِي عليٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ - رضي الله عنه - بِاليمنِ فِي ثَلاثَةِ نَفَرٍ ، وَقَعُوا على جَارِيَةٍ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ ، فَجَاءُوا يَخْتَصِمُونَ فِي وَلَدِها فَقَالَ عَلِيٌّ لأَحَدِهِمْ : تَطِيبُ نَفْساً ، وَتَدَعُهُ لِهَذَيْنِ ؟ فَقالَ : لاَ ، وَقَالَ للآخَرِ مِثْلَ ذَلِكَ ، فَقَالَ : لاَ ، وَقالَ للآخَرِ مِثْلَ ذَلِكَ ، فَقالَ : لاَ ، فَقَالَ : أَنْتُمْ شُركاءُ مُتَشَاكِسُونَ ، وَإِنِّي أُقْرِعُ بَيْنَكُم ، فَأَيُّكُم أَصابَتْهُ القُرْعَةُ أَلْزَمْتُهُ الوَلَدَ ، وَغرمتُهُ ثُلُثَي القِيمَةِ ، أَو قَالَ ثُلُثَي قِيمَةِ الجَارِيَةِ ، فَلَمَّا قَدِمُوا على رَسُولِ

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق ح (٢٢٦٩ - ٢٢٧١) ، باب من قال بالقرعة إذا تنازعوا في الولد (٢ : ٢٨١) . والنسائي فيه (في المجتبى) ، باب القرعة في الولد إذا تنازعوا فيه ، وذكر الاختلاف على الشعبي فيه في حديث زيد بن أرقم . وفي القضاة (في الكبرى) على ما في تحفة الأشراف (٣ : ١٩٦) كلاهما من حديث عبد الله بن الخليل ، وعبد خير بن يزيد الخيواني كلاهما عن زيد بن أرقم ، وأخرجه ابن ماجه من حديث عبد خير عن زيد في الأحكام ، ح (٢٣٤٨) ، باب القضاء بالقرعة (٢ : ٧٨٦) ، وهو في سنن البيهقي الكبرى (١٠ : ٢٦٧) .

اللَّهِ ﷺ ضَحِكَ حَتَّى بَدَتْ نَوَاجِذُهُ ، وَقَالَ : « مَا أَعْلَمُ فِيهَا غَيْرَ مَا قَالَ عَلِيٌّ »(١) .

١٤١٩ - مَالِكٌ ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، أَوْ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ ، قَضَى أَحَدُهُمَا فِي امْرَأَةٍ غَرَّتْ رَجُلاً بِنَفْسِهَا ، وَذَكَرَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَتَزَوَّجَهَا ، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلاَداً ، فَقَضَى أَنْ يَفْدِيَ وَلَدَهُ بِمِثْلِهِمْ .

قَالَ يَحْيَى : سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ : وَالْقِيمَةُ أَعْدَلُ فِي هذَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ(٢) .

٣٢٣٨١ - **قال أبو عمر** : قَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعُثْمَانَ جَمِيعاً .

٣٢٣٨٢ - ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، قَالَ : أَخبَرنا ابْنُ جُرَيجٍ ، قَالَ : سَمِعْتُ سُلَيمانَ ابْنَ مُوسى يَذْكُرُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ قَضى فِي الأَمَةِ تَأْتِي قَوْماً فَتُخْبِرُهُم أَنَّها حُرَّةٌ ، فَيَنْكِحُها أَحَدُهُم ، فَتَلِدُ لَهُ ، فَقضى عُمرُ أَنَّ على أَبِيهِ مِثْلَ كُلِّ وَالِدٍ وُلِدَ لَهُ مِنَ الرَّقِيقِ فِي الشَّبْرِ(٣) والذَّرعِ(٤) .

٣٢٣٨٣ - قَالَ ابْنُ جُرَيجٍ : قُلْتُ لِسُلَيْمَانَ : فَإِنْ كَانَ أَوْلاَدُهُ حِسَاناً قَالَ : لاَ يُكَلَّفُ مِثْلَهُم فِي الحُسْنِ ، إِنَّما يُكلفُ مِثْلَهُم فِي الزَّرْعِ .

٣٢٣٨٤ - [وَقَالَ ابْنُ جُرَيجٍ](٥) : وَقالَ عَطاءٌ : أَرى أَنْ يفادي فِيهم آباؤهم(٦) .

---

(١) تقدم تخريجه بالحاشية السابقة .

(٢) الموطأ : ٧٤١ ، ومصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٧٨) ، وسنن البيهقي (٧ : ٢١٩) .

(٣) **الشَّبْرُ** : حَقُّ النكاح ، وثواب البضع من مهرٍ وعُقْرٍ . اللسان مادة : شَبر .

(٤) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٧٧) ، الأثر (١٣١٥٥) .

(٥) سقط في **(ك)** .

(٦) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٧٧) ، الأثر (١٣١٥٤) .

٣٢٣٨٥ - وَعَنْ مَعمرٍ ، عَنِ ابْنِ طَاوُوسٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عُـمَرَ بْنِ الخطَّابِ : أَنَّهُ قَالَ فِي وَلَدِ الأَمَةِ تفرُّ مِنْ نَفْسِها عَبْدانِ[1] .

٣٢٣٨٦ - قَالَ مَعمرٌ : وأَخبَرَنِي مَنْ سَمِعَ الحَسَنَ يَقُولُ : مكانُ كُلِّ عَبْدٍ عَبْدٌ وَمكانُ كُلِّ جارِيَةٍ [جارِيَةٌ[2] .

٣٢٣٨٧ - ومَعمرٌ ، عَنْ قَتادَةَ ، فِي الأَمَةِ ينكحُها الرَّجُلُ ، وَهُوَ يرى أَنَّها حُرَّةٌ ، فَتلدُ أَولاداً ، فَقضى فِيها عُثْمانُ مكانَ كُلِّ وَلَدٍ عَبْدٌ ، أَو مكَانَ كُلِّ جارِيَةٍ][3] جَارِيَتَانِ[4].

٣٢٣٨٨ - قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ : وأَخبَرَنا مُحمدُ بْنُ مُسلمٍ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْسَرَةَ ، قَالَ : نَكحَ رَجُلٌ أَمَةً[5] ، فَولَدَتْ لَهُ ، فَكَتَبْتُ [بِذَلِكَ إِلى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ ، فَكَتَبَ][6] أَنْ تفادي أَوْلاَدَهُ بِوَصِيفَيْنِ أَحْمَرَيْنِ ، كُلُّ وَاحِدٍ بِاثْنَيْنِ ، أَحَبَّ أَهْلُ الجَارِيَةِ ، أَو كَرِهُوا[7] .

٣٢٣٨٩ - وَرَوى شعْبَةُ ، عَنْ مُغِيرَةَ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ فِي الرَّجُلِ يَتزوَّجُ الأَمَةَ ، يُقالُ لَهُ : إِنَّها حُرَّةٌ قالَ : صَدَاقُها عَلى الَّذِي غَرَّهُ[8] .

(١) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٧٨) ، الأثر (١٣١٥٦) .
(٢) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٧٩) ، الأثر (١٣١٦٣) .
(٣) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .
(٤) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٧٩) ، الأثر (١٣١٥٧) .
(٥) في (ي ، س) : امرأة .
(٦) سقط في (ي ، س) .
(٧) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٨٠) ، الأثر (١٣١٦٧) .
(٨) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٨٠) ، الأثر (١٣١٦٦) .

٣٢٣٩٠ - قَالَ شُعْبَةُ : وَقَالَ حَمَّادٌ مِثْلَ ذَلِكَ[١] .

٣٢٣٩١ - وَقَالَ الحَكَمُ : إِذَا وَلَدَتْ ، فَفِدَاءُ[٢] الوَلَدِ عَلى الأَبِ[٣] .

٣٢٣٩٢ - وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنِ الثَّوْرِيِّ فِي الأَمَةِ تغرُّ مِنْ نَفْسِهَا الحُرَّ ، فَقَالَ : عَلى : الأَبِ قِيمَةُ الوَلَدِ .

قَالَ : وَلَو غَرَّهُ غَيْرُهَا كَانَتِ القِيمَةُ أَيضاً عَلى الأَبِ ، وَيتبعُ الَّذِي غَرَّهُ[٤] .

٣٢٣٩٣ - قَالَ الثَّوْرِيُّ : وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : يغْرمُ القِيمَةَ[٥] .

٣٢٣٩٤ - قَالَ : وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : يُقَومُونَ حِينَ وُلِدُوا ؛ لأَنَّهُمْ أَحْرَارٌ .

٣٢٣٩٥ - وَقَالَ الثَّورِيُّ : يُقَوَّمُونَ حِينَ يَقْضِي فِيهِم القَاضِي[٦] .

٣٢٣٩٦ - **قال أبو عمر** : قَالَ مَالِكٌ : إِذَا غَرَّتِ الأَمَةُ مِنْ نَفْسِهَا ، وَتَزَوَّجَتْ عَلى أَنَّها حُرَّةٌ ، وَدَخَلَ بِها ، فَلاَ يُؤْخَذُ مِنْها المَهْرُ .

٣٢٣٩٧ - وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : أرى أَنْ يُؤْخَذَ مِنْها مَا فضلَ عَنْ مَهْرِ المِثْلِ .

٣٢٣٩٨ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : عَلى الغَارِّ قِيمَةُ الأَوْلاَدِ للأَبِ ، وَعلى الأَبِ المُسْتحقّ ، وَلاَ يرْجعُ عَلَيهِ بِعُقْرِهِ[٧] .

---

(١) الموضع السابق .

(٢) في المصنف : « ففكاك » .

(٣) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٨٠) .

(٤) مصنف عبد الرزاق (٧ : ٢٧٩) ، الأثر (١٣١٦٥) .

(٥) الموضع السابق .

(٦) الموضع السابق .

(٧) **العُقْرُ** : للمغتصبة من الإماء كَمَهْرِ المِثْل للحُرَّة ، وما تعطاه المرأة على وطء الشبهة . اللسان (م . عقر) .

٣٢٣٩٩ – وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحمدٌ : إِذَا زوج رَجلٌ رَجُلاً امْرَأَةً عَلَى أَنَّها حُرَّةٌ ، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلاَداً ، ثُمَّ استَحَقَّها رَجُلٌ ، فَعلى الأب قِيمَةُ الأَوْلاَدِ وَالعقرُ ، وَيرْجعُ بِالقِيمَةِ عَلى الغَارِّ ، وَلاَ يرجعُ بالعُقْرِ .

٣٢٤٠٠ – وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : إِذَا أَخْبَرَهُ أَنَّها حُرَّةٌ ، وَزَوَّجَها مِنْهُ ، وَهُوَ يعلَمُ أَنَّها أَمَةٌ لَمْ يرْجعْ بِقِيمَةِ الأَوْلادِ على الَّذِي غَرَّهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يغرّهُ مِنَ الوَلَدِ ، وَيرْجعُ عَلَيهِ بِالمَهْرِ فِي رَأيٍ ، وَلاَ أَقُومُ عَلَى حِفْظِهِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لاَ يَرْجعُ بِقِيمَةِ الوَلَدِ ، قَالَ : وَإِذا أَعْلَمَهُ أَنَّهُ لَيْس بِوَلِيٍّ لَها ، ثُمَّ زَوَّجَهُ مِنها لَمْ يَرْجِعْ عَلَيه بِالمَهْرِ .

٣٢٤٠١ – **قال أبو عمر** : يرْجعُ عِنْدَ الشَّافعيِّ بِقِيمَةِ الوَلَدِ عَلى الغَارِّ ؛ لأَنَّ النِّكَاحَ كَانَ سَبَبَ الوَلَدِ ، وَلاَ يرْجعُ بِالمَهْرِ ؛ لأَنَّ النَّبيَّ ﷺ جَعلَ للَّتِي نكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّها صَدَاقَها بِما اسْتَحَلَّ مِنْها ، فَنِكاحُها بَاطِلٌ ، وَقالَ : إِنْ دَخلَ بِها ، فَلَها مَهْرُها بِما اسْتَحَلَّ مِنْها .

٣٢٤٠٢ – وَاتَّفَقَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُما عَلى أَنَّ القِيمَةَ إِنَّما تَجِبُ [عَلَى الأبِ][1] يَومَ يختَصِمُونَ ، وَيوم يَحكُمُ الحَاكِمُ بِها .

٣٢٤٠٣ – قَالُوا : وَمَنْ مَاتَ مِنْهُم قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلاَ شَيْءَ فِيهِ .

٣٢٤٠٤ – وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : فَإِنْ تخلفَ الابْنُ[2] المَيِّت قَبْلَ الخصُومِ فِيهم مالا لَمْ يَجِبْ عَلَى الأَبِ فِيهِ شَيْءٌ ، إلا أَنْ يَكُونَ قُتِلَ ، فَأَخَذَ الأَبُ دِيَتَهُ .

٣٢٤٠٥ – وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الحَسَنِ : اسْتحبُّوا القِيمَةَ يَومَ يسْقطُ الوَلَدُ ، قَالَ :

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) كذا في (ي ، س ، ط) تخلف الابن ، وفي (ك) : خلف ابن .

والقِيَاسُ يَومَ يستحقُّ .

٣٢٤٠٦ - وَقالَ الشَّافعيُّ : عَلى الأبِ القِيمَةُ يومَ وُلِدُوا .

٣٢٤٠٧ - وَقالَ أَبو ثورٍ ، وَدَاوُدُ : الأَوْلاَدُ رَقِيقٌ ، وَلاَ قِيمَةَ فِيهمْ عَلى أَحَدٍ .

٣٢٤٠٨ - وَقَالَ الطَّحاوِيُّ : القِيَاسُ أَنْ يكُونَ الوَلَدُ مَمْلُوكِينَ ، إلاَّ أَنَّهُمْ تَرَكُوا القِيَاسَ بِاتِّفَاقِ الصَّحابَةِ عَلى أَنهُمْ أَحْرَارٌ عَلى الأبِ قِيمَتُهُم .

٣٢٤٠٩ - **قال أبو عمر** : بِإِجْمَاعِهِمْ أَنَّ كُلَّ أَمَةٍ تَلِدُ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِها فَولَدُها بِمَنْزِلَتِها ، فَالقِيَاسُ عَلى ذَلِكَ أَنْ يكُونَ الوَلَدُ مَمْلُوكاً ، إلاَّ أَنَّهُ لاَ مدْخلَ لِلْقِياسِ فِيمَا يُخالفُ فِيهِ السَّلَفَ ، فَاتِّبَاعُهُمْ خَيْرٌ مِنَ الابْتِدَاعِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

* * *

(٢٢) باب القضاء في ميراث الولد المستلحق(*)

١٤٢٠ – قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ وَلَهُ بَنُونَ ، فَيَقُولُ أَحَدُهُمْ : قَدْ أَقَرَّ أَبِي أَنَّ فُلاَنَاً ابْنُهُ : إِنَّ ذلِكَ النَّسَبَ لاَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ إِنْسَانٍ وَاحِدٍ ، وَلاَ يَجُوزُ إِقْرَارُ الَّذِي أَقَرَّ إِلاَّ عَلَى نَفْسِهِ فِي حِصَّتِهِ مِنْ مَالِ أَبِيهِ ، يُعْطَى الَّذِي شَهِدَ لَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنَ الْمَالِ الَّذِي بِيَدِهِ .

قَالَ مَالِكٌ : وَتَفْسِيرُ ذلِكَ ، أَنْ يَهْلِكَ الرَّجُلُ وَيَتْرُكَ ابْنَيْنِ لَهُ ، وَيَتْرُكَ سِتَّمِائَةِ دِينَارٍ ، فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلاَثَمِائَةِ دِينَارٍ ، ثُمَّ يَشْهَدُ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ الْهَالِكَ أَقَرَّ أَنَّ فُلاَنَاً ابْنُهُ ، فَيَكُونُ عَلَى الَّذِي شَهِدَ لِلَّذِي اسْتُلْحِقَ ، مِئَةُ دِينَارٍ ، وَذَلِكَ نِصْفُ مِيرَاثِ الْمُسْتَلْحَقِ ، لَوْ لَحِقَ ، وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ الآخَرُ أَخَذَ الْمِئَةَ الأُخْرَى ، فَاسْتَكْمَلَ حَقَّهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ .

وَهُوَ أَيْضَاً بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ تُقِرُّ بِالدَّيْنِ عَلَى أَبِيهَا أَوْ عَلَى زَوْجِهَا ، وَيُنْكِرُ ذلِكَ الْوَرَثَةُ ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَدْفَعَ إِلَى الَّذِي أَقَرَّتْ لَهُ بِالدَّيْنِ قَدْرَ الَّذِي يُصِيبُهَا مِنْ ذلِكَ الدَّيْنِ ، لَوْ ثَبَتَ عَلَى الْوَرَثَةِ كُلِّهِمْ ، إِنْ كَانَتِ امْرَأَةً وَرِثَتِ الثُّمُنَ ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ ثُمُنَ دَيْنِهِ ، وَإِنْ كَانَتِ ابْنَةً وَرِثَتِ النِّصْفَ ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ نِصْفَ دَيْنِهِ عَلَى حِسَابِ هذَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَنْ أَقَرَّ لَهُ مِنَ النِّسَاءِ .

قَالَ مَالِكٌ : وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى مِثْلِ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ أَنَّ لِفُلاَنٍ عَلَى

(*) المسألة – ٦٨٦ – قال الجمهور – غير الشافعية – المقر بأخ له مجهول وله أخ معروف يجحد ذلك – يعطيه ثلث ما بيده لا يلزمه أكثر ، وقال الشافعية : إذا لم يثبت نسبه بإقرار الأخ الواحد لم يستحق شيئاً من الميراث .

أَبِيهِ دَيْناً ، أُحْلِفَ صَاحِبُ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ ، وَأُعْطِيَ الْغَرِيمُ حَقَّهُ كُلَّهُ ، وَلَيْسَ هذَا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ ؛ لأَنَّ الرَّجُلَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ ، وَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ ، مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ ، أَنْ يَحْلِفَ ، وَيَأْخُذَ حَقَّهُ كُلَّهُ ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ أَخَذَ مِنْ مِيرَاثِ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ ، قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنْ ذلِكَ الدَّيْنِ ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ بِحَقِّهِ ، وَأَنْكَرَ الْوَرَثَةُ ، وَجَازَ عَلَيْهِ إِقْرَارُهُ[١] .

٣٢٤١٠ - قال أبو عمر : أَمَّا الْمُقِرُّ بِأَخٍ مَجْهُولٍ ، وَلَهُ أَخٌ مَعْرُوفٌ يَجْحَدُ ذَلِكَ ، فَقَدِ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ بِما يَلْزَمُهُ أَخِيهِ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ :

فَالَّذِي ذَهَبَ إِلَيهِ مَالِكٌ ، وَأَصْحابُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي مُوَطَّئِهِ أَنَّهُ يُعْطِيهُ ثُلُثَ مَا بِيَدِهِ ، لاَ يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لأَنَّهُ لَو ثَبَتَ أَنَّهُ أَخٌ لَمْ يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، فَلاَ يَلْزَمُهُ بِإِقْرَارِهِ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ يَلْزَمُهُ بِالبَيِّنَةِ أَنَّه ابْنُ أَبِيهِ .

٣٢٤١١ - وَبِهِ قالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبلٍ .

٣٢٤١٢ - وَالكُوفِيُّونَ يَلْزَمُهُ أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا بِيَدِهِ ؛ لأَنَّهُ قَدْ أَقَرَّ أَنَّهُ شَرِيكٌ لَهُ فِيما تَرَكَ أَبُوهُ ، فَلاَ يَسْتَأْثِرُ عَلَيهِ بِشَيْءٍ ، [قَالُوا : يَدْخلُ عَلَيهِ مِنْ ظُلْمِ أَخِيهِ لَهُ كَما يَدْخلُ عَلى الْمَجحُودِ الَّذِي أَقَرَّهُ بِهِ][٢] .

٣٢٤١٣ - وَقالَ الشَّافِعِيُّ : لاَ يَلْزَمُهُ مِنْ جِهَةِ القَضَاءِ أَنْ يُعْطِيَهُ شَيْئاً ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِشَيْءٍ لاَ يَسْتَحِقُّهُ إِلاَّ مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ ، وَلاَ يَسْتَحِقُّهُ إِلاَّ بِإِقْرَارِ أَخِيهِ وَحْدَهُ إِذَا كَانَ ، ثُمَّ مِنَ الوَرَثَةِ مَنْ يَدْفَعُهُ ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ [بِإِقْرَارِ أَخِيهِ وَحْدَهُ][٣] لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئاً

---

(١) الموطأ : ٧٤١ - ٧٤٢ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٩١) .

(٢) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٣) زيادة في (ط) .

مِنَ الميراثِ ، وَهَذا أَصحُّ مَا فِيهِ عِنْدَنا ، وَإِنْ شَاءَ المُقِرُّ أَنْ يعْطِيَهُ شيْئاً أَعْطاهُ[١] .

٣٢٤١٤ - وَقولُ اللَّيثِ بْنِ سَعْدٍ كَقَولِ الشَّافِعِيِّ .

٣٢٤١٥ - وَاتَّفَقُوا أَنَّ نَسَبَ الأخِ المُقرِّ بِهِ يَثْبُتُ لَو أَقَرَّ لَهُ الابْنَانِ جَمِيعاً ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ بِهِ جَمِيعُ الوَرَثَةِ .

٣٢٤١٦ - واخْتَلَفُوا إِذَا جَحَدَهُ بَعْضُ الوَرَثَةِ ، وَأَقَرَّ بِهِ بَعْضُهُمْ :

٣٢٤١٧ - فَالجُمْهُورُ عَلى أَنَّهُ لاَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلاَّ أَنْ يقرَّ بِهِ اثْنَانِ[٢] ، فَصَاعِداً .

٣٢٤١٨ - وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ خِلاَفُ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فِي الابْنِ الوَاحِدِ يقرُّ بِهِ الأَخُ إِذَا لَمْ يكُنْ هُناكَ وَارِثٌ غَيرُهُ أَنَّهُ يلْحقُ نَسَبُهُ ، وَالمَشْهُورُ عَنْهُ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ .

٣٢٤١٩ - وَأَمَّا إِقْرَارُ الوَارِثِ بِدَيْنٍ إِذَا أَنْكَرَ سَائِرُ الوَرَثَةِ ؛ فَالَّذِي عَلَيهِ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُهُ ، والمَعْرُوفُ مِنْ مَذْهَبِهِم فِي الحِجَازِ ، وَالعِرَاقِ ، وَمِصْرَ أَنَّهُ لاَ يلْزمُ المُقِرَّ مِنَ الدَّيْنِ إِلاَّ مِقْدَارُ مَا يُصِيبُهُ فِي حِصَّتِهِ إِذا كَانَتِ ابْنَةٌ لاَ وَارِثَ لَهُ غَيرُهَا فَالنِّصْفُ ، وَإِنْ كَانَتْ أُمّاً ، فَالثُّلُثُ ، وَإِنْ كَانَتْ زَوجاً فَالرُّبعُ ، أَو الثُّمن ، وَإِنْ كَانَ أَخاً لأُمٍّ فَالسُّدُسُ .

٣٢٤٢٠ - عَلى هَذا جَمَاعَتُهُمْ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ كَالإِقْرَارِ بِالوَلَدِ وَكَالإِقْرَارِ بِالوَصِيَّةِ .

٣٢٤٢١ - إِلاَّ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ حَبِيبٍ ، فَإِنَّهُ قَالَ : أَصْحَابُ مَالِكٍ كُلُّهُم يَرَوْنَ هَذا القَولَ مِنْ مَالِكٍ وَهْماً ؛ لأَنَّهُ لاَ مِيرَاثَ لِوَارِثٍ إِلاَّ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ .

٣٢٤٢٢ - **قال أبو عمر** : بَلْ أَصْحَابُ مَالِكٍ كُلُّهُمْ عَلى مَا رَوَاهُ مَالِكٌ ،

---

(١) **الأم** (٦ : ٢٢٥) باب « إقرار أحد الابنين بالأخ » .

(٢) في (ك) : ابنان ، وكلاهما صحيح .

وَالْمُتَأَخِّرُونَ مِنْهُم يُنْكِرُون عَلى ابْنِ حبيبٍ قَوْلَهُ هَذا .

٣٢٤٢٣ - وكانَ أَبو عُمَرَ ؛ أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ المَلكِ بن هاشم[١] شَيْخُنا[٢] - رَحِمَهُ اللَّهُ - يُنْكِرُ عَلَى ابْنِ حبيبٍ كُلَّ الإِنْكارِ ، يُنْكِرُ وَيَقُولُ : لا أَعْرِفُ مَا حكَاهُ ابْنُ حبيبٍ عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحابِ مَالِكٍ .

٣٢٤٢٤ - وَقالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ كَما قالَ مَالِكٌ : لاَ يلْزَمُ الْمُقرّ بِالدَّيْنِ مِنَ الوَرَثَةِ إلاَّ بِمِقْدَارِ ميرَاثِهِ .

٣٢٤٢٥ - وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنَ الكُوفِيِّينَ وغَيرِهم : يلْزمُ الْمُقرَّ بالدَّيْنِ أَداءُ الدَّيْنِ كُلِّهِ مِنْ حِصَّتِهِ ؛ لأَنَّهُ لاَ يَحلُّ لَهُ أَنْ يَرِثَ ، وَعَلى أَبِيهِ دَيْنٌ ، وَجَعَلُوا الجَاحِدَ كَالغَاصِبِ بِبَعْضِ مَالِ المَيِّتِ .

٣٢٤٢٦ - وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّهُ يُؤَدِّي الدَّيْنَ مِمَّا بَقِيَ بَعْدَ الغَصْبِ إِذَا لَمْ يقدرْ عَلى الغَاصِبِ وَالسَّارِقِ .

٣٢٤٢٧ - وَكَذَلِكَ أَجْمَعُوا أَنَّهُ لَو كَانَ وَارِثاً وَاحِداً ، وَأَقَرَّ لَزِمَهُ الدَّيْنُ كُلُّهُ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ ، وَلَمْ يَرِثْ إِلاَّ مَا فَضلَ عَنِ الدَّيْنِ .

٣٢٤٢٨ - وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَبْدِ المَلكِ بْنِ الماجشُونِ .

٣٢٤٢٩ - **قال أبو عمر** : وَجْهُ قَولِ مَالِكٍ وَمَنْ تَابَعَهُ عَلى ذَلِكَ أَنَّ إِقْرَارَ الْمُقِرِّينَ عَلى أَنْفُسِهِمْ بِمَنْزِلَةِ البَيِّنَةِ ثَبَتَتْ عَلَيهم بِما أَقَرُّوا بِهِ ، وَلَو شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بِالدَّيْنِ لَمْ يَلْزمِ المَشْهُودَ[٣] عَلَيهِ إِلاَّ مِقْدارُ حِصَّتِهِ مِنَ المِيرَاثِ .

---

(١) في (ك ، ط) : « هشام » وهو تحريف .

(٢) تقدمت ترجمته بحاشية الفقرة (٥ : ٧٤٣٠) .

(٣) في باقي النسخ المقر ، وكذا في نسخة (ك) : المشهود .

٣٢٤٣٠ - وكَذَلِكَ لَو أَقرَّ بِوَصيةٍ ، أَو شَهدَتْ بِذَلِكَ البَيِّنَةُ .

٣٢٤٣١ - وَيَدُلُّ عَلى صِحَّةِ قَولِ مَالِكٍ أَيضاً أَنَّهُم قَدْ أَجْمَعُوا أَنَّهُ لَو شَهِدَ رَجُلانِ مِنَ الوَرَثَةِ عَلى المَيِّتِ بِالدَّيْنِ قُبِلَتْ شهادَتُهما ، وكَانَ عَلى كُلٍّ وَارِثٍ بِمِقْدارِ مِيرَاثِهِ .

٣٢٤٣٢ - وَقَالَ الكُوفِيُّونَ : لَو كَانَا غَيْرَ عَدْلَيْنِ لَزِمَهُما الدَّيْنُ كُلُّهُ فِي حِصَّتِيهما ، ولَمْ يلْزَمْ سَائِرَ الوَرَثَةِ شَيْءٌ ، فَكَيْفَ يقْبلُونَ شَهادَةَ مَنْ إِذَا ثَبَتَتْ شهادَتُهُ كَانَ بِها جَاراً إِلى نَفْسِهِ ، أَو دَافِعاً عَنْها .

* * *

(٢٣) باب القضاء في أمهات الأولاد[1]

١٤٢١ – قَالَ مَالِكٌ ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ، عَنْ أَبِيهِ ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ : مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَؤُونَ وَلائِدَهُمْ ، ثُمَّ يَعْزِلُوهُنَّ ، لاَ تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا ، إِلا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا ، فَاعْزِلُوا بَعْدُ ، أَوِ اتْرُكُوا[2] .

١٤٢٢ – مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ ؛ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ : أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ : مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَؤُونَ وَلاَئِدَهُمْ ، ثُمَّ يَدَعُوهُنَّ يَخْرُجْنَ ، لاَ تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا ، إِلا قَدْ أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا ، فَأَرْسِلُوهُنَّ بَعْدُ ، أَوِ أَمْسِكُوهُنَّ[3] .

٣٢٤٣٣ – **قال أبو عمر** : اتَّفَقَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُهما على القَولِ بِمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ فِي هَذَا البَابِ ، وَالعَزْلُ عِنْدَهُم وَغَيرُ العَزلِ سَواءٌ إِذَا أَقَرَّ بِالوَطْءِ إِلا أَنْ يَدَّعِي بَعْدَهُ اسْتِبراءً .

٣٢٤٣٤ – وَاخْتَلَفَ أَصْحابُ الشَّافِعِيِّ : فَمِنْهُم مَنْ قَالَ بِما وَصَفْنَا ، وَمِنْهُم مَنْ قَالَ : لاَ يَنْفَعُهُ الاسْتِبْرَاءُ ؛ لأَنَّ الحَامِلَ قَدْ تَحِيضُ ، وَمَتى جَاءَتِ الأَمَةُ الَّتِي أَقَرَّ سَيِّدُها بِوَطْئِها بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَصَاعِداً أُلْحِقَ بِها ؛ لأَنَّها فِرَاشٌ لَهُ .

---

(١) **أم الولد** : هي الأمة التي أتت بولد من السيد ، فادعاه بقوله : هذا الولد ابني ، فإنه يثبت نسبه منه ، وتصير الأمة أم ولد لا يجوز بيعها ، وتعتق بموت السيد .

(٢) الموطأ : ٧٤٢ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٨٠) ، ومصنف عبد الرزاق (٧ : ١٣٢) ، والمحلى (١٠ : ٣٢٢) ، والمغني (٧ : ٣٩٨) و (٩ : ٥٢٩) .

(٣) الموطأ : ٧٤٣ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٨٨١) .

٣٢٤٣٥ - **قال أبو عمر** : فَإِنْ أنْكرَ أنْ تكُونَ وَلَدَتْهُ لَمْ يلْحَقْ بِهِ إلا أنْ تَشْهَدَ امْرَأتَانِ عَدْلاَنِ عَلَى أنَّها وَلَدَتْه بَعْدَ إقْرَارِهِ بِالوَطْءِ عِنْدَ مَالِكٍ وَأصْحَابِه .

٣٢٤٣٦ - وَأمَّا الشَّافِعِيُّ فَلابُدَّ مِنْ أرْبَعِ نِسْوَةٍ يشْهَدْنَ عِنْدَهُ عَلى ذَلِكَ ، فَلاَ يَجُوزُ عِنْدَهُ شَهادَةُ امْرَأتَيْنِ إلاَّ مَعَ رَجُلٍ فِي الدُّيُونِ ، وَمَا كَانَ مِثْلَها .

٣٢٤٣٧ - وَأمَّا الشَّهادَةُ عَلى الوِلاَدَةِ وَعَلى عُيُوبِ النِّساءِ ، فَلاَ تَجُوزُ عِنْدَهُم بِالقَوْلِ مِنْ أرْبَعَةِ نِسْوَةٍ .

٣٢٤٣٨ - وَتَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ شَهادَةُ امْرَأتَيْنِ فِي ذَلِكَ .

٣٢٤٣٩ - وَأمَّا الكُوفِيُّونَ ، فَلاَ يلْحَقُ عِنْدَهُم وَلَدُ الأمَةِ إلا بِدَعْوَى السَّيِّدِ لَهُ ، وَسَوَاءٌ أقَرَّ بِوَطْئِهَا أو لَمْ [تُقِرَّ مَتى نَفَاهُ لَمْ يلْحَقْ بِهِ عِنْدَهُم كَانَتْ مِمَّنْ يخْرجُ ، وَيتصرَفُ، أوْ لَمْ][1] تكُنْ .

٣٢٤٤٠ - وَسِلفُ الكُوفِيِّينَ فِي هَذِهِ المَسْألَةِ [ابْنُ عَبَّاس[2]] وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، كَما أنَّ سَلَفَ أهْلِ الحِجازِ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ .

٣٢٤٤١ - رَوَى شُعْبَةُ ، عَنْ عمارَةَ بْنِ أبِي حَفْصَةَ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ : أنَّهُ كَانَ يَأتِي جَارِيَةً لَهُ فَحملَتْ ، فَقَالَ : لَيْسَ مِنِّي ، إنِّي أتَيْتُها إتْياناً لاَ أُرِيدُ بِهِ الوَلَدَ[3] .

٣٢٤٤٢ - **قال أبو عمر** : يَعْنِي العَزْلَ .

٣٢٤٤٣ - وَرَوَى سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ أبِي الزِّنَادِ ، عَنْ خَارِجَةَ بْنِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ

---

(١) العبارة بين الحاصرتين سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) المحلى (١٠ : ٣٢٢) .

أَنَّ أَبَاهُ كَانَ يعْزِلُ عَنْ جَارِيَةٍ فَارِسِيَّةٍ ، فَجَاءَتْ بِحَمْلٍ ، فَأَنْكَرَهُ ، وَقَالَ : إِنِّي لَمْ أَكُنْ أُرِيدُ وَلَدَكِ .

٣٢٤٤٤ - وَرَوى شُعْبَةُ ، عَنْ قَتَادَةَ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : وَلَدَتْ جَارِيَةٌ لِزَيْدِ بْنِ ثَابَتٍ ، فَقَالَ : إِنَّهُ لَيْسَ مِنِّي ، وَإِنِّي كُنْتُ أَعْزِلُ عَنْهَا .

٣٢٤٤٥ - **قال أبو عمر** : احْتَجَّ الطَّحَاوِيُّ ، لِلْكُوفِيِّينَ مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ بِمَا قَدْ نَقَضَهُ الشَّافِعِيُّونَ ، فَلَمْ أَرَ لِذِكْرِهِ وَجْهاً .

٣٢٤٤٦ - وَيَجُوزُ عِنْدَ الكُوفِيِّينَ فِي الوِلادَةِ ، وَفِي عُيُوبِ النِّسَاءِ الَّتِي لاَ يَطَّلِعُ عَلَيها الرِّجَالُ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلاَءِ الفُقَهاءِ الثَّلاثَةِ سَلَفٌ قَالُوا بِقَولِهِم ، وعَدَدُ الشُّهودِ فِي الشَّهادَاتِ أُصُولٌ فِي أَنْفُسِها لاَ مدْخلَ للنَّظَرِ وَالقِيَاسِ فِيها .

* * *

٣٢٤٤٧ - قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَتْ جِنَايَةً ، ضَمِنَ سَيِّدُهَا مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ قِيمَتِهَا ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا[1] .

٣٢٤٤٨ - **قال أبو عمر** : اخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي جِنَايَةِ أُمِّ الوَلَدِ :

٣٢٤٤٩ - فَمَذْهَبُ مَالِكٍ ، وأَصْحابِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي « الْمُوَطَّأ » ، قَالُوا : لا سَبِيلَ إِلى [إِسْلامِ][2] أُمِّ الوَلَدِ بِجِنَايَتِها ، وَعَلى السَّيِّدِ الأَقَلُّ مِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ ، أو قِيمَة رَقَبَتِها إِنْ جَنَتْ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيهِ إِخْرَاجُ قِيمَتِها مَرَّةً ثَانِيةً ، وَكَذَلِكَ ثَالِثَةً وَرَابِعَةً ، وَأَكْثَرَ .

---

(١) الموطأ : ٧٤٣ .

(٢) سقط في (ك) .

٣٢٤٥٠ - وَهُوَ قَولُ زُفَرَ .

٣٢٤٥١ - وَقَولُ الشَّافعيِّ المَشْهُورِ فِي أُمِّ الوَلَدِ أَنَّها لاَ تسلْمُ بِجِنَايَتِها ، وَعَلى سَيِّدِها أَنْ يفْدِيَها بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِها ، أَو أَرْشِ الجِنَايَةِ ، فَإِنْ عَادَتْ فَجَنَتْ ، فَلَهُ فِيها قَولانِ :

(أَحَدُهما) : كَقَولِ مَالِكٍ .

(والآخَرُ) : أَنْ يَكُونَ المجنيُّ عَلَيهِ شَرِيكاً للأَوَّلِ فِيمَا أَخَذَ مِنْ قِيمَتِها إِذا كَانَ الأَوَّلُ قَدِ استَوفى قِيمَتَها كُلَّها ، وَإِنْ لَمْ يكُنِ استَوفَاهَا غرمَ السَّيِّدُ بَقِيَّةَ قِيمَتِها ، وَرَجعَ المجنيُّ عَلَيهِ الثَّانِي عَلى الأَوَّلِ فَشَارَكَهُ بِبَاقِي أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا جَنَتْ أَيضاً .

٣٢٤٥٢ - وَقَولُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي أُمِّ الوَلَدِ أَنَّهُ لا يسلمُها سَيِّدُها أَبداً لِجِنَايَتِها ، وَعَلَيهِ أَنْ يَفتَدِيَها بِالأَقَلِّ مِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ ، أَو قِيمَةِ رَقَبَتِها ، فَإِنْ جَنَتْ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَالمَجنِيُّ عَلَيهِ شَرِيكُ الأَوَّلِ .

٣٢٤٥٣ - وَقالَ اللَّيثُ بْنُ سَعْدٍ فِي جِنَايَةِ أُمِّ الوَلَدِ : يُخيرُ مَولاها بَيْنَ أَنْ يؤَدِّيَ عَنْها جِنَايَتَها[١] [وَبَيْنَ رَقَبَتِها][٢] ، فَإِنْ شَاءَ أَنْ يخليهَا سَعى فِي قِيمَتِها لَيسَ عَلى المولى .

٣٢٤٥٤ - وَروى بشرُ بْنُ الوَلِيدِ ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ : سَأَلْتُ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحمنِ عَنْ أُمِّ وَلَدٍ قَتَلَتْ رَجُلاً ؟ فَقَالَ لِمَولاهُ : أَدِّ دِيَةَ قَتِيلِها ، فَإِنْ فَعلَ ذَلِكَ ،

---

(١) في (ي ، س) : قيمتها .

(٢) سقط في (ي ، س) .

وَإلا أَعْتقَها عَلَيهِ ، وَجَعلَ دِيَةَ قَتيلِها على عَاقِلَتِها .

٣٢٤٥٥ - **قال أبو عمر** : وَهَذَا كُلُّهُ عَلى قولِ مَنْ لا يرى بَيْعَ أُمَّهاتِ الأَوْلادِ ، وَلاَ يَقُولُ بِعتقِهِنَّ .

* * *

(٢٤) باب القضاء في عمارة الموات(*)

١٤٢٣ – مَالِكٌ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »(١) .

(*) **المسألة – ٦٨٧** – إحياء الموات هو إصلاح الأرض بالبناء أو الغرس أو الحرث ، أو غير ذلك ، وحد الموات عند **الشافعية** : ما لم يكن عامراً ، ولا حريماً لعامر ؛ يعني قريب من العامر ، وقد ثبتت مشروعيته بالسنة النبوية في أحاديث كثيرة منها : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » ، والأحاديث التالية في هذا الباب دالة على إباحة إحياء الأرض الميتة التي لا مالك لها ، ولم ينتفع بها أحد ، فيحييها الشخص بالسقي ، أو الزرع أو الغرس أو البناء أو بالتحويط على الأرض بمقدار ما يسمى حائطاً في اللغة ، وقد رغب الشرع في الإحياء ؛ لحاجة الناس إلى موارد الزراعة وتعمير الكون .

وقال **الشافعية** : حد الموات ما لم يكن عامراً ، ولا حريماً لعامر ، أو هو الأرض التي لم تعمر قط في بلاد الإسلام، ولا يملك بالإحياء حريم معمور .

الحنفية : الأرض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لأحد ولا حقاً له خاصاً ، ففي داخل البلد لا يكون موات أصلاً .

المالكية : موات الأرض ما سلم عن اختصاص بإحياء (أي بسبب إحياء لها بشيء) أو بسبب كونه حريم عمارة كمحتطب أو مرعى لبلد ، فإذا اندرست عمارتها من بناء أو غرس أو تفجير ماء ونحوها لا يزول ملكها عمن أحياها إلا بإحياء جديد من غيره بعد اندراسها بمدة طويلة يقدرها عرف الناس ، فتصبح حينئذ ملكاً للمحي الثاني ، وذلك سواء أكانت الأرض قريبة من العمران أم بعيدة من العمران ، إلا أن الأولى يفتقر إحياؤها إلى إذن الحاكم .

الحنابلة : الموات هو الأرض التي ليس لها مالك ، ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها ، ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه وما إلى ذلك .

(١) هكذا هو في الموطأ مرسل : ٧٤٣ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٩٣) ، وعنه الشافعي في « **الأم** » (٤ : ٤٥) ، باب « عمارة ما ليس معموراً من الأرض التي لا مالك لها » .

ورواه الترمذي موصولاً في الأحكام ، ح ١٣٧٨ ، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات =

قَالَ مَالِكٌ : وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ كُلُّ مَا احْتُفِرَ أَوْ أُخِذَ أَوْ غُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ .

١٤٢٤ - مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ أَبِيهِ ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ : مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ .

قَالَ مَالِكٌ : وَعَلَى ذلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا[1] .

٣٢٤٥٦ - **قال أبو عمر** : لَمْ يُخْتَلَفْ عَلى مَالِكٍ فِي إِرْسَالِ هَذَا الحَدِيثِ عَنْ هِشَامٍ [عَنْ أَبِيهِ][2] وَقَدِ اخْتُلِفَ فِيهِ عَلى هِشَامٍ ، فَرَوَتْه طَائِفَةٌ ، كَما رَوَاهُ مَالِكٌ مُرْسَلاً ، وَهُوَ أَصَحُّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَرَوَتْهُ طَائِفَةٌ عَنْ هِشَامٍ ، عَنْ وَهْبِ بْنِ

= (٣ : ٦٥٣) ، وصله عن هشام ، عن أبيه ، عن سعيد بن زيد ، عن النبي ﷺ وكذلك أخرجه أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء من سننه ، ح (٣٠٧٣) موصولاً كما ذكر الترمذي ، باب في إحياء الموات ، وعقبه ٣٠٧٤ مرسلاً ، وقال في آخره عن عروة : « فلقد خبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ .. ، فذكر كلاماً يدل على أنه حضر ما كان من أمر الخصمين وقصتهما وقضاء النبي ﷺ في ذلك ، ثم قال عقبه ح (٣٠٧٥) ، وساق الحديث بإسناده إلى عروة ، قال : « فقال رجل من أصحاب النبي ﷺ وأكثر ظني أنه أبو سعيد الخدري .. » ، ورواه عقبه ، ح (٣٠٧٦) من حديث ابن أبي مليكة عن عروة مرسلاً .

وهو في مسند الإمام أحمد (٣ : ٣٣٨ ، ٣٨١) ، من حديث جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ ، ومن حديث جابر أخرجه الترمذي : ح (١٣٧٩) ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (٣ : ٦٥٤ - ٦٥٥) ، وقال : حسن صحيح .

وأخرجه البخاري في ترجمة باب من أحيا أرضاً مواتاً الفتح (٥ : ١٨) قال الحافظ بن حجر : وصله إسحاق بن راهويه ، قال : أخبرنا أبو عامر العقدي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ، حدثني أبي أن أباه حدثه أنه سمع النبي ﷺ يقول : « من أحيا .. » ، فذكره ..

وقد أشار الترمذي إلى هذه الرواية (٣ : ٦٥٤) ، قال : وفي الباب عن جابر ، وعَمْرو بن عوف المُزني جد كثير بن عبد الله ، وسَمُرَةَ .

(١) الموطأ : ٧٤٤ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٩٤) .

(٢) سقط في **(ي ، س)** .

كيسانَ ، عَنْ جَابِرٍ ، عَنِ النبيِّ ﷺ[١] ، وَرَوَاهُ آخَرُونَ ، عَنْ هِشَامٍ عَنْ عبيدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ رَافِعٍ ، عَنْ جَابِرٍ[٢] ، وَمِنْهُم مَنْ يَقُولُ فِيهِ : عَنْ عُبَيدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ رَافِعٍ ، اضْطربُوا فِيهِ عَلَى هِشَامٍ كَثِيراً ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَسَانِيدَ بِذَلِكَ فِي « التَّمْهِيدِ »[٣] ، وَأَتَيْنا بِاخْتِلافِ أَلْفاظِ النَّاقِلِينَ لَهُ ، ذَلِكَ ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً .

٣٢٤٥٧ - وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنْ مَعمرٍ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، قَالَ : خَاصَمَ رَجُلٌ إِلى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ فِي أَرْضٍ حَازَها ، فَقَالَ عُمَرُ : مَنْ أَحْيَا مِنْ مَيتِ الأَرْضِ شَيْئاً ، فَهوَ لَهُ ، فَقَالَ لَهُ عُرْوَةُ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا شَيْئاً مِنْ مَيِّتِ الأَرْضِ ، فَهوَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » .

قَالَ عُرْوَةُ : قَالَ : وَالعِرْقُ الظَّالِمُ أَنْ يَنْطَلِقَ الرَّجُلُ إِلى أَرْضِ غَيْرِهِ ، فَيغْرِسُها[٤] .

٣٢٤٥٨ - أَخْبَرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ ، قَالَ : حَدَّثني مُحمدُ بْنُ بَكرٍ ، قَالَ : حدَّثني أَبو دَاوُدَ ، قَالَ : حَدَّثني هَنادُ بْنُ السَّرِيِّ ، قَالَ : حدَّثني عَبْدَةُ ، عَنْ مُحمدِ بْنِ إِسْحاقَ ، عَنْ يَحيَى بْنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبيْرِ عَنْ أَبِيهِ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيتةً ، فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »

قَالَ عُرْوَةُ : وَلَقَدْ حَدَّثَنِي الَّذِي حَدَّثَنِي هَذَا الحَدِيثَ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، غَرَسَ أَحَدُهُمَا نَخلاً فِي أَرْضِ الآخرِ ، فَقَضى لِصَاحِبِ الأَرْضِ بِأَرْضِهِ ،

---

(١) رواية الإمام أحمد في المسند (٣ : ٣٣٨) ، والترمذي ، ح (١٣٧٩) المشار إليها في تخريجه في أول الباب .

(٢) رواية أحمد (٣ : ٣٨١) .

(٣) (٢٢ : ٢٨٠) .

(٤) انظر مصنف عبد الرزاق (١٠ : ٤٥٦) .

وأَمَرَ صَاحِبَ النَّخلِ أَنْ يُخرِجَ نَخلَهُ مِنْها .

قَالَ : فَلَقَدْ رَأَيْتُها ، وأَنَّها لَتُضْرَبُ أُصُولها بالفُؤوسِ ، وأَنَّها لنخل عُمٌّ حتى أُخرِجَتْ مِنْهَا(١) .

٣٢٤٥٩ - وحَدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بنُ مُحمدٍ ، قَالَ : حدَّثني مُحمَّدُ بنُ بكرٍ ، قَالَ : حَدَّثني أَبُو دَاوُدَ ، قالَ : حَدَّثني أَحْمَدُ بنُ عَبْدَةَ الآمُلِيُّ ، قالَ : حَدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بنُ عُثْمانَ ، قالَ : حَدَّثني ابنُ المُبارَكِ ، قالَ : أَخبَرنا نَافِعُ بنُ عُمَرَ الجمحيُّ ، عَنِ ابنِ أَبي مُلَيكَةَ ، عَنْ عُرْوَةَ ، قَالَ : أَشْهَدُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الأَرْضَ أَرضُ اللَّهِ ، والعِبَادَ عِبادُ اللَّهِ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتاً ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ، جَاءَنا بِهَذا عَنِ النَّبيِّ ﷺ الَّذينَ جَاءُوا بِالصَّلَوَاتِ عَنْهُ(٢) .

٣٢٤٦٠ - **قال أبو عمر** : رِوَايَةُ يَحْيَى [بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ عُرْوَةَ](٣) ، وَرِوَايَةُ ابْنِ أَبي مُلَيْكَةَ ، عَنْ عُرْوَةَ يَقْضِيانِ عَلى أَنَّ مَنْ رَوى هَذَا الحَدِيثَ مُرْسَلاً كَما رَوَاهُ مَالِكٌ أَصَحُّ مِنْ رِوَايَةِ مَنْ أَسْنَدَهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، وَيَشْهَدُ ذَلِكَ أَيضاً اخْتِلافُ الَّذِينَ أَسْنَدُوهُ فِي إِسْنَادِهِ .

٣٢٤٦١ - وَقَدْ رَوَاهُ عَمْرُو بْنُ عَوفٍ المزنيُّ ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ ، إِلاَّ أَنَّهُ مِنْ حَدِيثِ كَثِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عَوفٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ(٤) ، وَكَثِيرٌ مَتْرُوكٌ

---

(١) رواية أبي داود ، ح (٣٠٧٤) على ما تقدم عند تخريج الحديث (١٤٢١) وقوله في هذا الحديث : عُمٌّ يعني أنها تامة في طولها والتفافها ، والمفرد : عَمِيمٌ .

(٢) رواية أبي داود في الخراج والإمارة والفيء ح (٣٠٧٦) .

(٣) سقط في (ط) .

(٤) انظر فتح الباري (٥ : ١٨) .

الحَدِيثِ(١) .

[وَالحَدِيثُ](٢) صَحِيحٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَدْ تَلَقَّاهُ العُلَمَاءُ بِالقَبُولِ .

٣٢٤٦٢ - وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ مَعْنَى قَولِهِ ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » أَنَّهُ الغَرسُ فِي أَرْضِ غَيْرِكَ .

٣٢٤٦٣ - عَلَى هَذَا خرجَ اللَّفْظُ المَقْصُودُ بِهِ إِلَى هَذَا المَعْنَى ، وَكُلُّ مَا كَانَ مِثْلَهُ ، فَلَهُ حُكْمُهُ ، وَكَذَلِكَ فَسَّرَهُ عُرْوَةُ ، وَهِشامٌ ، وَمَالِكٌ .

٣٢٤٦٤ - وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ ؛ أَخْبَرَنِي مَالِكٌ ، قَالَ : قَالَ هِشَامٌ : « العِرْقُ الظَّالِمُ أَنْ يغْرِسَ الرَّجُلُ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ ؛ لِيَسْتَحِقَّها بذَلِكَ » .

٣٢٤٦٥ - قَالَ مَالِكٌ : وَالعِرْقُ الظَّالِمُ كُلُّ مَا أُخِذَ ، وَاحْتُكِرَ ، وَاغْتُرِسَ فِي غَيرِ حَقٍّ .

٣٢٤٦٦ - وَأَمَّا قَولُهُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيتةً » فَالميتَةُ البُورُ الشَّامِخُ مِنَ الشَّعواءِ وَمَا كَانَ مِثْلَها .

٣٢٤٦٧ - وَإِحْيَاؤُها أَنْ يعْمَلَ حَتَّى تَعُودَ أَرْضاً بيضاء تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مَزْرُوعَةً بَعْدَ حَالِها الأَوَّلِ ، فَإِنْ غرَسَها بَعْدَ ذَلِكَ ، أَو زَرَعَها ، فَهُوَ أَبْلَغُ فِي إِحْيَائِها .

٣٢٤٦٨ - وَهُوَ مَا لا خِلافَ فِيهِ ، فَاخْتُلِفَ فِي التَّحجِيرِ عَلَيها بِالحِيطَانِ ، هَلْ يَكُونُ ذَلِكَ إِحْيَاءً لَها أَمْ لا ؟ :

---

(١) انظر ترجمته في تهذيب التهذيب (٨ : ٤٢١ - ٤٢٣) ، الضعفاء الكبير (٤ : ٤) الترجمة (١٥٥٥) ، التاريخ الكبير (٤ : ١ : ٢١٧) ، الجرح والتعديل (٣ : ٢ : ١٥٤) ، المجروحين (٢ : ٢٢١) ، الميزان (٣ : ٤٠٦) .

(٢) سقط في (ك) .

٣٢٤٦٩ - قَالَ ابْنُ القَاسِمِ : لاَ يعْرِفُ مَالِكٌ التَّحْجيرَ إِحْيَاءً ، وَلاَ مَا رُوِيَ « مَنْ حجرِ أَرْضاً ، وَتَركَها ثَلاثَ سِنِينَ ، فَإِنْ أَحْيَاهَا ، وَإِلا فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا » . لاَ يعْرِفُ مَالِكٌ ذَلِكَ ، وَإِنَّما الإِحْيَاءُ عِنْدَهُ فِي مَيتِ الأَرْضِ : شقُّ الأَنْهَارِ ، وَحَفرُ الآبارِ والعُيُونِ ، وَغَرسُ الشَّجَرِ ، وَالحَرثُ .

٣٢٤٧٠ - وَقَالَ أَشْهَبُ : لَو نَزلَ قَومٌ أَرْضاً مِنْ أَرْضِ البَرِيَّةِ ، فَجَعَلُوا يَزْرَعُونَ مَا حَولَها ، فَذَلِكَ إِحْيَاءٌ لَها ، وَهُمْ أَحَقُّ بِها مِنْ غَيْرِهِمْ مَا أَقَامُوا عَلَيها .

٣٢٤٧١ - **قال أبو عمر** : هَذا كُلُّهُ إِنَّما هُوَ فِي المَوَاتِ الَّذِي لاَ يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِاكْتِسَابٍ ، أَو مِيرَاثٍ ، وَأَمَّا مَا عُرِفَ لَهُ مَالِكٌ بِاكْتِسَابٍ ، أَو مِيرَاثٍ ، فَلَيْسَ مِنَ المَوَاتِ الَّذِي يُعْرفُ يكُونُ لِمَنْ أَحْيَاهُ .

٣٢٤٧٢ - وَقَدْ قَالَ : مَنْ أَحْيَا أَرْضاً ، ثُمَّ تَركَها حَتَّى دَثرَتْ ، وَطَالَ زَمَانُها ، وَهَلَكَتِ الأَشْجارُ ، وَتَهدَّمَتِ الآبَارُ ، وَعَادَتْ كَأَوَّلِ مَرَّةٍ ، ثُمَّ أَحْيَاهَا غَيْرُهُ ، فَهِيَ لِمُحْيِيها الثَّاني ، بِخِلاَفِ مَا يَمْلكُهُ بخطهِ ، أَو شِراءٍ .

٣٢٤٧٣ - وَقَالَ الشَّافعيُّ[1] : بِلاَدُ المُسْلِمِينَ شَيْئَان : عَامِرٌ وَمَوَاتٌ ، فَالعَامِرُ لأَهْلِهِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَصلُحُ بِهِ العَامِرُ مِنْ قَناءٍ وَطَرِيقٍ ، وَسُبُلِ مَاءٍ وَغَيرِهِ ، فَهُوَ كَالعَامِرِ فِي أَنْ لاَ يَملكَ عَلَى أَهْلِهِ إِلا بِإِذْنِهِمْ .

٣٢٤٧٤ - قَالَ : وَالمَوَاتُ شَيْئَانِ :

٣٢٤٧٥ - مَوَاتٌ قَدْ كَانَ عَامِراً لأَهْلِهِ ، مَعْرُوفاً فِي الإِسْلاَمِ ، ثُمَّ ذَهَبَتْ عَنْهُ عِمارَتُهُ ، فَصَارَ مَوَاتاً ، فَذَلِكَ كَالعَامِرِ هُوَ لأَهْلِهِ أَبَداً ، لاَ يَملكُ عَلَيهِمْ إِلا بِإِذْنِهِمْ .

---

(١) في « **الأم** » (٤ : ٤١) باب « إحياء الموات » .

٣٢٤٧٦ - وَالمَوَاتُ الثَّانِي : مَا لَمْ يَمْلِكْهُ [أحدٌ][1] فِي الإِسْلامِ ، ولاَ عُمِّرَ فِي الجَاهِلِيَّةِ [عمارةً ورثتُهُ فِي الإِسْلاَمِ][2] ، فَذَلِكَ المَوَاتُ الَّذِي قَالَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيتةً ، فَهِيَ لَهُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتاً ، فَهُوَ لَهُ »[3] .

٣٢٤٧٧ - قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَالإِحْيَاءُ مَا عَرفَهُ النَّاسُ إِحْيَاءً لِمِثْلِ المحْيا إِنْ كَانَ مسْكَناً فَأَنْ يبني بِنَاءَ مِثْلِهُ ، أَو مَا يقربُ مِنْهُ[4] .

٣٢٤٧٨ - قَالَ : وَأَقَلُّ عِمَارَةِ الأَرْضِ الزَّرْعُ فِيهَا ، وَحَفْرُ البِئْرِ ، وَنَحوُ ذَلِكَ .

٣٢٤٧٩ - قَالَ : وَمَنِ اقْتَطَعَ أَرْضاً ، وَحَجَرَهَا وَلَمْ يعمرْهَا ، رَأَيْتُ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَقُولَ لَهُ : إِنْ أَحْيَيْتَهَا ، وَإِلاَّ خَلَّيْنَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ يُحْيِيهَا ، فَإِنْ تأجلهُ رَأَيْتُ أَنْ يَفْعَلَ .

٣٢٤٨٠ - قَالَ : فَإِذَا أَحْيَا الأَرْضَ بِمَا تُحيَى بِهِ مَلَكَهَا ملْكاً صَحِيحاً لَمْ تَخْرُجْ عَنْهُ أَبداً ، وَلا عَنْ وَرَثَتِهِ بَعْدَهُ إِلاَّ بِمَا تَخرجُ بِهِ الأَمْلاَكُ عَنْ أَرْبَابِهَا[5] .

٣٢٤٨١ - وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَمَذْهَبُهُ أَنَّ كُلَّ الأَرْضِ يملكُهَا مُسْلِمٌ ، أَو ذِمِّيٌّ ، لاَ يَزُولُ مِلْكُهَا عَنْهَا بِخَرَابِهَا ، وَكُلُّ مَا قَربَ مِنَ العُمْرانِ ، فَلَيْسَ بِمَوَاتٍ ، وَمَا بَعُدَ مِنْهُ ، فَلَمْ يُمْلَكْ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَهُوَ مَوَاتٌ .

٣٢٤٨٢ - وَهَذَا كُلُّهُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحمدٍ .

٣٢٤٨٣ - وَذكرَ أَصْحابُ « الإِمْلاءِ » عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَوَاتَ هُوَ الَّذِي إِذَا

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) الأم (٤ : ٤١) ، باب « إحياء الموات » .

(٤) الأم (٤ : ٤١) باب « ما يكون إحياء » .

(٥) الأم (٤ : ٤١) باب « ما يكون إحياء » .

وقفَ رَجُلٌ عَلى أَدْناهُ مِنَ العَامِرِ ، فَنَادى بِأَعْلى صَوتِهِ ، لَمْ يَسْمَعْهُ مَنْ فِي أَقْرَبِ العَامِرِ إِلَيْهِ .

٣٢٤٨٤ - وَاخْتَلَفُوا هَلْ يحْتاجُ فِي إِحْيَاءِ المَوَاتِ إِلى إِذْنِ الإِمَامِ ، أَمْ لاَ يصح الإِحْيَاءُ لِلْمَوَاتِ إِلا بِإِقْطَاعٍ مِنَ الإِمَامِ ؟ :

٣٢٤٨٥ - فَقالَ مَالِكٌ : أَمَّا مَا كَانَ قَرِيباً مِنَ العُمْرانِ ، فَلاَ يُحازُ ، وَلاَ يُعَمَّرُ إِلا بِإِذْنِ الإِمامِ ، وَأَمَّا مَا كانَ فِي الأَرْضِ ، فَلكَ أَنْ تحْيِيَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمامِ .

٣٢٤٨٦ - وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يُحيِيَ مَواتاً مِنَ الأَرْضِ إِلا بِإِذْنِ الإِمامِ ، وَلاَ يملكُ مِنْهُ شَيْئاً إِلا بِتَمْلِيكِ الإِمَامِ لَهُ إِيَّاهُ .

٣٢٤٨٧ - **قال أبو عمر** : التَّمْلِيكُ مِنَ الإِمَامِ هُوَ إِقْطاعُهُ لِمَنْ أَقْطَعَهُ إِيَّاهُ .

٣٢٤٨٨ - وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحمدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : مَنْ أَحْيَا مَوَاتاً مِنَ الأَرْضِ ، فَقَدْ مَلكَهُ أَذِنَ الإِمَامُ فِي ذَلِكَ أَمْ لَمْ يَأْذَنْ .

٣٢٤٨٩ - قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَعَطيةُ رَسُولِ اللهِ ﷺ عَامَّةٌ لِكُلِّ مَنْ أَحْيَا مَوَاتاً أَثْبَتُ مِنْ [عَطِيَّةِ](١) مَنْ بَعْدَهُ مِنْ سُلْطانٍ ، أَو غَيْرِهِ .

٣٢٤٩٠ - وَهُوَ قَولُ أَحْمَدَ ، وَإِسْحاقَ ، وَأَبِي ثَورٍ ، [وَدَاوُدَ](٢) ، وَقَولُهم فِي هَذا البَابِ كُلِّهِ نَحوُ قَولِ الشَّافِعِيِّ .

٣٢٤٩١ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ : مَنْ ملَّكَهُ الإِمامُ مَوَاتاً ، فَأَحْيَاهُ ،

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ك) .

وَأخرجَهُ مِنَ المَوَاتِ إِلى العُمرانِ[١] فِيمَا بَيْنَهُ ، وَبَيْنَ ثَلاثِ سِنِينَ ، ثُمَّ ملكَهُ فِيهِ ، وَإِنْ تَركَهُ ، وَلَمْ يُعمرهُ حَتَّى مَضَتْ ثَلاثُ سِنِينَ بَطلَ إِقْطاعُ الإِمَامِ إِيَّاهُ ذَلِكَ ، وَعَادَ إِلى مَا كانَ عَلَيهِ قَبْلَ إِقْطاعِ الإِمَامِ ذَلِكَ .

٣٢٤٩٢ - **قال أبو عمر** : لَيسَ [عِنْدَ][٢] مَالِكٍ ، والشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحابِهما ، وَمَنْ ذَكَرْنا مَعَهُما فِي ذَلِكَ حَدٌّ ، وَإِنَّما هُوَ اجْتِهادُ الإِمَامِ يُؤَجِّلُهُ عَلى حَسبِ مَا يراهُ ، فَإِنْ عمرَهُ ، وَإِلا يقْطَعُهُ غَيْرَهُ مِمَّنْ يعمرُهُ .

٣٢٤٩٣ - **قال أبو عمر** : ذَهَبَتْ طَائِفَةٌ مِنَ التَّابِعِينَ ، وَمَنْ بَعْدَهُم إِلى أَنَّ مَنْ حجرَ عَلى مَوَاتٍ ، فَقَدْ ملكَهُ .

٣٢٤٩٤ - وَاحتَجُّوا بِمَا رَوَاهُ شُعْبَةُ وَغَيرُهُ عَنْ قَتَادَةَ ، عَنِ الحَسَنِ ، عَنْ سَمُرَةَ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قالَ : « مَنْ أَحاطَ حَائِطاً عَلى أَرْضٍ ، فَهُوَ لَهُ »[٣] .

٣٢٤٩٥ - وَرَوى عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنْ معمرٍ ، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ ، عَنْ سَالِمٍ ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : كَانَ النَّاسُ يَتَحجرونَ عَلى عَهْدِ عُمَرَ فِي الأَرْضِ الَّتِي لَيسَتْ لأَحَدٍ ، فَقالَ عُمَرُ : مَنْ أَحْيَا أَرْضاً فَهِيَ لَهُ[٤] .

٣٢٤٩٦ - وَهَذا - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - عَلى أَنَّ التَّحجيرَ غَيْرُ الإِحْيَاءِ عَلى مَا قَالَهُ أَكْثَرُ العُلماءِ .

---

(١) في (ك) : الأوطان .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده (٥ : ١٢ ، ٢١) ، وأخرجه أبو داود في الإمارة والفيء ، ح (٣٠٧٧) ، باب في إحياء الموات (٣ : ١٧٩) ، والنسائي في إحياء الموات (في سننه الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٤ : ٧١) .

(٤) مصنف عبد الرزاق (١١ : ٩) ، وخراج يحيى : ٩١ .

٣٢٤٩٧ - وَروى ابنُ عُيَيْنَةَ عَنِ ابْنِ أبي نجيحٍ ، عَنْ عَمْرِو بنِ شُعَيبٍ [، عَنْ أبيهِ ، عَنْ جَدِّهِ][(١)] أنَّ النبيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاساً مِنْ جُهَيْنَةَ ، [أَوْ مُزَيَنَةَ][(٢)] أَرْضاً ، فَعَطَّلُوها ، فَجاءَ قَومٌ ، فَعمرُوها ، فَخاصَمَهُم أَصْحابُ الأَرْضِ إلى عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ - رَضي اللَّهُ عنهُ - فَقالَ عُمَرُ : لَو كَانَتْ قطيعةً مِنْ أبي بَكْرٍ ، أو مِنِّي ، لَمْ أَرُدَّها إِلَيْكُمْ ، ولَكِنَّها قَطيعةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لاَ نَسْتَطِيعُ إلا أنْ أَرُدَّها ، فَرَدَّها إِلَيْهِم ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ : مَنْ أَقْطَعَ أَرْضاً ، فَعطلَها صَاحِبُها ثَلاثَ سِنِينَ ، ثُمَّ أَحيَاها غَيْرُهُ ، فَهُوَ أَحقُّ بِها[(٣)] .

* * *

---

(١) سقط في (ك ، ط) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) خراج أبي يوسف : ٧٢ ، والمغني (٥ : ٥٢٠) .

(٢٥) باب القضاء في المياه(*)

١٤٢٥ – مَالِكٌ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ ، فِي سَيْلِ مَهْزُورٍ وَمُذَيْنِبٍ(١) : « يُمْسَكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ(٢) ثُمَّ يُرْسِلُ الأَعْلَى عَلَى الأَسْفَلِ »(٣) .

٣٢٤٩٨ – لَمْ يُخْتَلَفْ فِي إِرْسَالِ هَذَا الحَدِيثِ فِي « المُوَطَّإِ » ، وَقَدْ رُوِيَ مُسْنَداً مِنْ رِوَايَةِ أَهْلِ المَدِينَةِ .

(*) **المسألة – ٦٨٨** – ينتفع الناس بماء الأمطار أو السيول أو النهر الصغير الذي يزدحم الناس فيه : بأن يبدأ بالأعلى ، فيسقي أرضه ، حتى يصل إلى النهاية ، ثم يرسله إلى من يليه ، فيسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه ، ثم يرسله إلى من يليه ، فيفعل كذلك ، وهلم جرا إلى آخره ؛ لحديث عبادة : « أن النبي ﷺ قضى في شرب النخل من السيل : أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ، ويترك الماء إلى الكعبين ، ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه ، وكذلك حتى تنقضي الحوائط ، أو يفنى الماء » .

وروى عبد الله بن الزبير : أن الزبير ورجلاً من الأنصار تنازعا في شراج الحرة التي يسقى بها النخل ، فقال الأنصاري للزبير : سرِّح الماء ، فأبى الزبير ، فاختصما إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : اسق أرضك ، ثم أرسل الماء إلى أرض جارك ، فقال الأنصاري : أن كان ابن عمتك يارسول الله ، فتلون وجه رسول الله ﷺ ، فقال : يا زبير ، اسق أرضك ، إلى أن يبلغ الجذر » قال الزبير : فوالله ، إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ .

وانظر : المهذب (١ : ٤٢٨) ، مغني المحتاج (٢ : ٣٧٣) ، كشاف القناع (٤ : ٢١٩) ، المغني (٥ : ٥٣١) ، الفقه الإسلامي وأدلته (٥ : ٥٩٩ – ٦٠٠) .

(١) واديان يسيلان بالمطر بالمدينة يتنافس أهل المدينة في سيلهما .

(٢) (**الكعب**) : النهاية .

(٣) الموطأ : ٧٤٤ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٩٩) ، ورواية محمد بن الحسن (٨٣٥) ، وقد روي مسنداً ، وسيأتي ، ووقع الحديث في **التمهيد** (١٧ : ٤٠٧) وما بعدها .

٣٢٤٩٩ - أَخْبَرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ ، [قَالَ : حَدَّثني مُحمدُ بْنُ بكرٍ][(١)] ، قالَ : حَدَّثَني أَبُو دَاوُدَ ، قالَ : حَدَّثني مُحمَّدُ بْنُ العَلاءِ ، قَالَ : حَدَّثني أَبُو أُسَامَةَ ، عَنِ الوَلِيدِ بْنِ كثيرٍ ، عَنْ أَبي مَالكِ بْنِ ثَعْلَبَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبي مَالكٍ أَنَّهُ سَمِعَ كُبَرَاءَهُم يَذْكُرُونَ أَنَّ رَجُلاً مِنْ قُرَيْشٍ كَانَ لَهُ سَهْمٌ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ فَخَاصَمَ إِلَى النبيِّ ﷺ فِي مَهْزُورٍ [يَعْنِي السَّيْلَ][(٢)] الَّذِي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ ، فَقَضَى بَيْنَهُم رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ المَاءَ إِلَى الكَعْبَيْنِ ، لاَ يَحْبِسُ الأَعْلَى عَنِ الأَسْفَلِ[(٣)] .

٣٢٥٠٠ - وحَدَّثَني خَلَفُ بْنُ القَاسِمِ ، قَالَ : حدَّثَني بكْرُ بْنُ عَبْدِ الرَّحمنِ العطَّارُ[(٤)] بِمِصْرَ ، قالَ : حدَّثني أَحْمَدُ بْنُ سُليمانَ بْنِ صَالحِ بْنِ صَفْوَانَ ، قالَ : حَدَّثني أَبُو صَالحٍ الحرانيُّ عَبْدُ الغفَارِ بْنُ دَاوُدَ ، قالَ : حَدَّثني مُحمدُ بْنُ سَلَمَةَ ، عَنْ مُحمدِ بْنِ إِسْحَاقَ ، عَنْ أَبِي مَالكِ بْنِ ثَعْلَبَةَ ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّبيَّ ﷺ أَتاهُ أَهْلُ مَهْزُورٍ ، فَقضى أَنَّ المَاءَ إِذَا بَلَغَ الكَعْبَيْنِ لَمْ يحْبسِ الأَعْلى[(٥)] .

٣٢٥٠١ - وأَخْبرَنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ ، قَالَ : حَدَّثني مُحمدُ بْنُ بكْرٍ ، قَالَ : حَدَّثني أَبُو دَاوُدَ ، قالَ : حَدَّثَني أَحْمَدُ بْنُ عَبْدَةَ قَالَ : حدَّثني المُغيرَةُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمنِ ، قَالَ : أَخْبَرَني أَبِي - عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ الحَارِثِ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى فِي سَيْلِ مَهْزُورٍ أَنْ يمسكَ حَتَّى يبْلغَ الكَعْبَيْنِ ، ثُمَّ

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) أخرجه أبو داود في آخر كتاب الأقضية ، ح (٣٦٣٨) ، باب أبواب من القضاء (٣ : ٣١٦) .

(٤) في (ك) : القطان .

(٥) مكرر ما قبله ، وانظر التمهيد (١٧ : ٤٠٧ - ٤٠٨) .

يرسَلُ الأعلى علَى الأسفَلِ[(١)] .

٣٢٥٠٢ - **قال أبو عمر** : لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذهِ الأحَادِيثِ المُسْنَدَةِ ذِكْرُ مُذَيْنِبٍ ، وَمَهْزُورٍ ؛ وَادِيانِ بِالمَدِينةِ مَعْرُوفَانِ يَسْتوِيَانِ يَسِيلانِ بِالمَطَرِ[(٢)] ، وَيَتَنافَسُ أَهْلُ المَدِينَةِ فِي سَيْلِهِما ، فَقضى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي سَيْلِهِما أَنَّهُ للأَعْلى فَالأعْلى ، وَالأقْرَبُ إلى السَّيْلِ فَالأقْرَبُ يُمسكُ الأعْلى جَمِيعَ المَاءِ حَتَّى يبْلغَ الكَعْبَيْنِ ، ثُمَّ يُرْسِلَهُ إِلى مَنْ تَحتَهُ مِمَّنْ يَلِيهِ .

٣٢٥٠٣ - وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنْ مَعمرٍ ، عَنِ الزُّهريِّ ، قَالَ : نَظَرنا فِي قَولِ النَّبيِّ ﷺ : « احْبسِ المَاءَ حَتَّى يبلغَ الجدْرَ » ، فَكانَ إِلى الكَعْبَيْنِ[(٣)] .

٣٢٥٠٤ - **قال أبو عمر** : قَولُهُ : حَتَّى يَبْلغَ الجدرَ كَلامٌ وَرَدَ فِي حَدِيثِ الزُّهريِّ ، عَنْ عُرْوَةَ بنِ الزُّبيْرِ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبيرِ ، عَنِ الزُّبيْرِ فِي خُصُومَةٍ مَعَ الأَنْصَارِ فِي شِرَاجِ الحَرَّةِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِإِسْنَادِهِ فِي « التَّمْهِيدِ » مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ ، عَنِ اللَّيْثِ وَيُونُسَ ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ الزُّهريِّ[(٤)] .

---

(١) أخرجه أبو داود في آخر كتاب الأقضية أبواب من القضاء ، ح (٣٦٣٩) في سننه (٣ : ٣١٦) ، وابن ماجه في الرهون (٢٤٨٣) ، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء (٢ : ٨٣٠) .

(٢) في (ي ، س) : بالماء .

(٣) **التمهيد** (١٧ : ٤٠٨) .

(٤) في **التمهيد** ١٧ : ٤٠٨ - ٤٠٩ .

وهذا الحديث أخرجه البخاري في الشرب ، ح (٢٣٥٩) ،باب سكر الأنهار (٥ : ٣٤) من فتح الباري ، ومسلم في كتاب الفضائل ، ح (٥٩٩٧) ، باب وجوب اتباعه ﷺ . (٧ : ٣٣٠) من طبعتنا وأبو داود في آخر الأقضية ، أبواب في القضاء ح (٣٦٣٧) في سننه (٣ : ٣١٥ - ٣١٦) ، والترمذي في الأحكام ، ح (١٣٦٣) ، باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء (٣ : ٦٣٥) ، وأعاده في تفسير سورة النساء ، ح (٣٠٢٧) في سننه (٥ : ٢٣٨ - ٢٣٩) =

٣٢٥٠٥ - وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِيمَا يرْسِلُ الأَعلى مِنَ المَاءِ عَلى الأَسْفَلِ بَعْدَ بلُوغِ المَاءِ إِلى الكَعْبَيْنِ.

٣٢٥٠٦ - فَذَكَرَ ابنُ حبيبٍ، عَنْ مُطرفٍ، وَابنِ الماجشونِ أَنَّهُ يصرْفُ الأَعْلى مِنَ المَاءِ مَا زَادَ عَلى مِقْدارِ الكَعْبَيْنِ إِلى مَنْ يَلِيهِ، والَّذي يَلِيهِ كَذَلِكَ أَيضاً، هكَذا أَبداً مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ المَاءِ.

٣٢٥٠٧ - قَالَ: وَقَالَهُ ابنُ وَهْبٍ، قَالَ: وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: بَلْ يُرسِلُ المَاءَ كُلَّهُ إِذا بَلَغَ الكَعْبَيْنِ إِلى جَارِهِ الَّذي تَحْتَهُ، وَلاَ يحْبسُ مِنهُ شَيْئاً، وَكَذَلِكَ يصْنَعُ الَّذي تَحْتَهُ بِالَّذي يَلِيهِ أَيضاً إِذَا بَلَغَ المَاءُ فِي أَرْضِهِ إِلى الكَعْبَيْنِ أَرْسَلَ المَاءَ كُلَّهُ إِلى مَنْ تَحتَهُ.

٣٢٥٠٨ - وَرَوى زِيادٌ، عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: تَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَجِدَ فِي الأَوَّلِ الَّذي حَائِطُهُ أَقْرَبُ إِلى المَاءِ يجْري الماءُ فِي سَاقِيَتِهِ إِلى حَائِطِهِ بِقَدرِ مَا يكُونُ المَاءُ فِي السَّاقِيَةِ إِلى حَدِّ كَعبيْهِ، فَيُجْزِئُهُ كَذَلِكَ [فِي حَائِطِهِ حَتَّى يَرْوِيَهُ، ثُمَّ يفْعَلُ الَّذي يَلِيهِ كَذَلِكَ، ثُمَّ الَّذي يَلِيهِ كَذَلِكَ][1] مَا بَقِيَ مِنَ المَاءِ شَيْءٌ.

= وأخرجه النسائي في القضاة في باب إشارة الحاكم بالرفق (٨ : ٢٤٥) من المجتبى، وفي التفسير في سننه الكبرى على ما جاء في تحفة الأشراف (٤ : ٣٢٦). وأخرجه ابن ماجه في المقدمة، ح، (١٥)، باب تعظيم حديث رسول الله ﷺ والتغليظ على من عارضه (١ : ٧ - ٨) وأعاده في الأحكام، وفي الرهون، ح (٢٤٨٠)، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء (٢ : ٨٢٩).

(١) سقط في (ي، س).

٣٢٥٠٩ - قَالَ : وَهَذِهِ السُّنَّةُ فِيهِمَا ، وَفِيمَا يُشْبِهُهُمَا مِمَّا لَيْسَ لأَحَدٍ فِيهَا حَقٌّ مُعَيَّنٌ ، الأَوَّلُ أَحَقُّ بِالتَّبْدِئَةِ ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ إِلَى آخِرِهِم رَجُلاً[1] .

* * *

(١) في هذا الباب في الموطأ حديثان آخران لم يذكرهما المصنف هنا وهما : **(الأول)** :

١٤٢٦ - مالك عن أبي الزناد ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » .

وهو في الموطأ : ٧٤٤ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٠٠) ،

ومن طريق مالك أخرجه الشافعي ١٥٣/٢ ، والبخاري (٢٣٥٣) في الأشربة : باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى ، و (٦٩٦٢) في الحيل : باب ما يكره من الاحتيال ، ومسلم (١٥٦٦) في المساقاة : باب تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالفلاة ، والبيهقي ١٥١/٦ ، (١٦٦٨) .

(والثاني) :

١٤٢٧ - مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن ، عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن ؛ أنها أخبرته أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع نقع بئر » .

الموطأ : ٧٤٥ ، والموطأ برواية محمد بن الحسن (٨٣٨) ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٠١) ، وهو مرسل . ووصله أبو قرة ؛ موسى بن طارق ، وسعيد بن عبد الرحمن الجمحي (كلاهما) عن مالك ، عن أبي الرجال ، عن أمه ، عن عائشة .

وأخرجه الإمام أحمد (١٣٩/٦ و ٢٦٨) من طريقين عن محمد بن إسحاق عن محمد بن عبد الرحمن ، عن أمه ، عن عائشة .

وأخرجه أحمد ١١٢/٦ و ٢٥٢ ، والحاكم ٦١/٢ ، والبيهقي ١٥٢/٦ ، من طرق عن محمد بن عبد الرحمن ، به ؛ وصححه الحاكم على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .

وقد ذكر ابن عبد البر الحديث الأول في « **التمهيد** » (٢٠ : ١ - ٣) ، والثاني في « **التمهيد** » (١٣ : ١٢٣ - ١٣٢) ، وأتم شرحهما .

(٢٦) باب القضاء في المرفق(*)

١٤٢٨ – مَالِكٌ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ ، عَنْ أَبِيهِ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لا ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ »(١) .

٣٢٥١٠ – هكَذا هَذَا الحَدِيثُ فِي « المُوَطَّإِ » عِنْدَ جَمِيعِ الرُّوَاةِ مُرْسَلاً ، وَقَدْ رَوَاهُ الدَّرَاوَرْدِيُّ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الخُدرِيِّ مُسْنَداً .

(*) المسألة – ٦٨٩ – يجب على القاضي أن يقضي في كل حادثة بما يثبت عنده أنه حكم الله تعالى : إما بدليل قطعي وهو النص المفسر الذي لا شبهة فيه من كتاب الله عز وجل أو السنة المتواترة ، أو الإجماع ، وإما بدليل ظاهر موجب للعمل ، فإن لم يجد القاضي حكم الحادثة في المصادر الأربعة : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس يجب عليه العمل بما أدى إليه اجتهاده إن كان مجتهدا ؛ لأن ثمرة اجتهاده هو الحق بالنسبة إليه ظاهرا ، فلا يعمل باجتهاده غيره .

وتتعلق أحاديث هذا الباب بقضاء النبي ﷺ فيما بين الناس فيما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد ، وكان ﷺ دائما يتحرى ما فيه صلاح الناس ودفع الضرر عنهم وهو القدوة ، التي على جميع القضاة التقيد بها ومعرفتها ، للتسوية بين ما يحدث من خصام بين أفراد المجتمع الواحد .

(١) الموطأ : ٧٤٥ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٩٥) وهو مرسل ووصله ابن ماجه عن عبادة بن الصامت (٢٣٤٠) باب « من بنى في حقه ما يضر بجاره » (٢ : ٧٨٤) ، وقال البوصيري في الزوائد : في حديث عبادة هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع ؛ لأن إسحاق بن الوليد قال الترمذي ، وابن عدي : لم يدرك عبادة بن الصامت . وقال البخاري : لم يلق عبادة .

والحديث عند الإمام أحمد (١ : ٣١٣) من حديث معمر ، عن جابر الجعفي ، عن عكرمة ، عن ابن عباس (رضي الله عنهما) : « لا ضَرَرَ ولا إضْرَارَ ، وللرَّجُلِ أنْ يَجْعَلَ خَشَبَةً في حَائطِ جَارِه ، والطَّرِيقُ الميتاءُ سَبْعَةُ أذْرُعٍ » .

ومن هذا الوجه أخرجه ابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٤١) ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢ : ٧٨٤) .

وروي عن أبي صرمة عن النبي ﷺ وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عن الجميع وسيأتي من هذه الوجوه كلها في هذا الباب إن شاء الله تعالى .

٣٢٥١١ - حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بنُ مُحمدِ بْنِ يُوسُفَ ، قالَ : حَدَّثني أَحْمَدُ بْنُ مُحمدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الفَرَجِ ، قالَ : حدَّثَنِي أَبُو عَلِيٍّ ؛ الحَسَنُ بْنُ سُلَيمانَ - قبيطة(١) - قالَ : حَدَّثني عَبْدُ المَلِكِ بْنُ مُعاذٍ النصيبيُّ ، قالَ : حدَّثني عَبْدُ العَزِيزِ بنُ مُحَمَّدٍ الدَّرَاوَرْدِيُّ ، عَنْ عمرو بن يحيى بْنِ عمارَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ قالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ ، مَنْ أَضَرَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ ، وَمَنْ شَاقَّ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيهِ »(٢) .

٣٢٥١٢ - **قال أبو عمر** : قَوْلُهُ : « لا ضَرَرَ ، وَلاَ ضِرَارَ » ، قِيلَ فِيهِ أَقْوَالٌ : أَحَدُهَا : أَنَّهما لَفْظَتَانِ بِمَعْنًى وَاحِدٍ ، فَتَكَلَّمَ بِهِما جَمِيعاً عَلى مَعْنى التَّأْكِيدِ ، وَقِيلَ : بَلْ هُمَا بِمَعْنَى القَتْلِ وَالقِتَالِ ، كَأَنَّهُ قَالَ : لاَ يَضُرُّ أَحَدٌ أَحَداً ابْتِدَاءً ، وَلاَ يضرُّهُ إِنْ ضَرَّهُ ، وَلْيَصْبِرْ ، وَهِيَ مُفَاعلةٌ ، وَإِنِ انْتَصَرَ ، فَلا يَعْتَدِي وَنحو هَذا كَما قَالَ : « وَلا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » يُرِيدُ بِأَكْثَرَ مِنِ انْتِصَارِكَ مِنْهُ بِالسَّوَارِ ، أَو لمنْ صَبَرَ ، وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الأُمُورِ .

٣٢٥١٣ - وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ : الضَّرَرُ عِنْدَ أَهْلِ العَرَبِيَّةِ الاسْمُ ، وَالضرارُ الفِعْلُ ، قَالَ : وَالمَعْنى : لاَ يدْخِلْ عَلَى أَحَدٍ ضَرَراً [لَمْ يُدْخِلْهُ على نَفْسِهِ ، ومعنى لا ضِرَارَ لا

---

(١) ترجمته في لسان الميزان (٢ : ٢١٢) .

(٢) أخرج حديث أبي سعيد هذا الدارقطني في السنن (٣ : ٧٧) ، و (٤ : ٢٢٨) .

وروي من وجه آخر عن النبي ﷺ رواه أبو صِرْمَةَ الأنصاريُّ رضي الله عنه عن النبي ﷺ ، وأخرجه من حديث أبي صرمة : أبو داود في الأقضية ، ح (٣٦٣٥) أبواب من القضاء (٣ : ٣١٥) . والترمذي في البر والصلة ، ح (١٩٤٠) ، باب ما جاء في الخيانة والغش (٤ : ٣٢٢) ، وحسنه ، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٤٢) باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢ : ٧٨٥) .

يُضَارُّ أَحَدٌ بِأَحَدٍ هَذَا مَاحكَى ابْنُ حَبِيبٍ](١) .

٣٢٥١٤ - وَقالَ الخشني : الضَّرَرُ الَّذي لَكَ فِيهِ مَنْفَعَةٌ ، وَعَلى جَارِكَ فِيهِ مضرةٌ ، [وَالضِّرارُ مَا لَيْسَ لَكَ فِيهِ منفعةٌ ، وَعَلى جَارِكَ فِيهِ مضرةٌ](٢) .

٣٢٥١٥ - وَهذَا وَجْهٌ حَسَنٌ فِي الحَدِيثِ ، واللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢٥١٦ - وَهُوَ لَفظٌ عَامٌ مُتَصَرِّفٌ فِي أَكْثَرِ أُمُورِ الدُّنْيَا ، وَلاَ يكادُ أَنْ يحاطَ بِوَصْفِهِ إِلا أَنَّ الفُقَهاءَ ينزعُونَ بِهِ فِي أَشْياءَ مُخْتَلِفَةٍ يَأْتِي ذِكْرُها فِي أَبْوَابِها - إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجَلَّ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْها طَرفاً دَالا عَلى مَا سِوَاهُ فِي « التَّمهِيدِ »(٣) .

٣٢٥١٧ - حدَّثني خَلَفُ بْنُ قَاسِمٍ ، قالَ : حَدَّثَني أَحْمَدُ بْنُ صَالِحٍ المقرئُ - وَحَدَّثَني أَحْمَدُ بْنُ فتحٍ ، قالَ : حدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ حَامِدِ بْنِ ثرثالٍ - قَالاَ : حَدَّثنا أَبو عَلِيٍّ الحَسَنُ بْنُ الطَّيبِ الكُوفِيُّ - وَقالَ أَحْمَدُ بْنُ فتحٍ الشجاعيُّ البلخيُّ - قَالَ : حَدَّثني سَعِيدُ بْنُ أَبِي الرَّبِيعِ السَّمَّانُ ، قَالَ : حَدَّثني عَنْبَسةُ بْنُ سَعِيدٍ ، قالَ : حَدَّثني فرْقَدٌ السبخيُّ ، عَنْ مرَّةَ الطَّيبِ ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَلْعُونٌ مَنْ ضَارَّ أَخَاهُ المُسْلِمَ ، أو مَاكَرهُ »(٤) .

٣٢٥١٨ - أَخبرَنا خلفُ بْنُ سَعِيدٍ ، قالَ : حَدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ ، قَالَ : حَدَّثني أَحْمَدُ بْنُ خَالِدٍ ، قالَ : حَدَّثني إِسْحاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ ، قَالَ : حَدَّثَني عَبْدُ الرَّزَّاقِ ،

---

(١) الزيادة بين الحاصرتين من **التمهيد** (٢٠ : ١٥٨) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) **التمهيد** (٢٠ : ١٥٨) .

(٤) أخرجه الترمذي في البر والصلة ، ح (١٩٤١) باب ما جاء في الخيانة والغش (٤ : ٣٣٢) .

عَنْ مَعْمَرٍ ، عَنْ جَابِرٍ الجعفيِّ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لاَ ضَرَرَ ، وَلاَ ضِرَارَ ، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يغرزَ خَشَبَةً فِي حَائِطِ جَارِهِ »(١) .

* * *

١٤٢٩ - مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنِ الأَعْرَجِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لاَ يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ خَشَبَةً يَغْرِزُهَا فِي جِدَارِهِ » ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ : مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ ، وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ(٢) .

(١) انظر تخريجه بالحاشية الأولى في صدر هذا الباب ، وقد أخرجه الإمام أحمد ، وابن ماجه .

(٢) الموطأ : ٧٤٥ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٩٦) وأخرجه من حديث مالك عن ابن شهاب بهذا الإسناد : الإمام أحمد (٢ : ٤٦٣) ؛ والبخاري في المظالم ، ح (٢٤٦٣) ، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره (٥ : ١١٠) من فتح الباري . ومسلم في البيوع ، ح (٤٠٥٣ ، ٤٠٥٤) ، باب غرز الخشب في جدار الجار (٥ : ٣٥١) من طبعتنا ، وبرقم : (١٦٠٩) في طبعة عبد الباقي ، والبيهقي في معرفة السنن (٩ : ١٢٢٢٥) .

وأخرجه أحمد ٣٩٦/٢ من طريق أبي أويس ، والشافعي في المسند ١٩٣/٢ ، والحميدي (١٠٧٦) ، وأحمد ٢٤٠/٢ ، ومسلم في الموضع السابق ، وأبو داود في الأقضية (٣٦٣٤) باب أبواب من القضاء ، والترمذي في الأحكام (١٣٥٣) باب ما جاء في الرجل يضع على حائط جداره خشبة ، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٣٥) باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، والبيهقي في « السنن » (٦٨/٦) من طريق سفيان بن عيينة ، وعبد الرزاق ومن طريقه البيهقي (٦٨/٦) عن معمر ، ثلاثتهم عن الزهري ، بهذا الإسناد .

وأخرجه أحمد (٣٩٦/٢) من طريق عبد الله بن الفضل وأبي الزناد ، والبيهقي في « السنن » (٦/ ٦٨) من طريق صالح بن كيسان ، ثلاثتهم عن الأعرج ، به .

وأخرجه الحميدي (١٠٧٧) ، وأحمد (٢٣٠/٢ و ٣٢٧) والبخاري في الأشربة (٥٦٢٧) باب الشرب من فم السقاء ، والبيهقي في « السنن » ٦٩/٦ من طريق أيوب ، والبيهقي ٦٨/٦ من طريق خالد الحذاء ، كلاهما عن عكرمة ، عن أبي هريرة .

٣٢٥١٩ - هكَذَا هَذا الحَديثُ بِهَذا الإِسْنَادِ فِي « المُوطَّأ » ، وَقَدْ رُوِيَ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ إِسْنَادٌ آخَرُ ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ ، عَنِ الأَعْرَجِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَالإِسْنَادُ الأَوَّلُ هُوَ المَحْفُوظُ عَلى أَنَّهُ قَدِ اخْتُلِفَ فِيهِ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ فِي « التَّمْهِيدِ »[1] .

٣٢٥٢٠ - وَقَالَ جَماعَةٌ مِنْ أَصْحابِ ابْنِ شِهابٍ فِيهِ : إِذَا اسْتَأْذَنَ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يغرزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ ، فَلا يَمْنَعْهُ ، وَبَعْضُهم يَقُولُ فِيهِ : مَنْ سَأَلَهُ جَارُهُ ، وَإِذَا سَأَلَ أَحَدُكُمْ جَارُهُ ، وَالمَعْنى كُلُّهُ سَوَاءٌ .

٣٢٥٢١ - قَالَ يُونُسُ بْنُ عَبْدِ الأَعْلى : سَأَلْتُ ابْنَ وَهْبٍ عَنْ خشبةٍ ، أَو خشبة ، فَقالَ : سَمِعْتُهُ مِنْ جَماعَةٍ خشبة ؛ يَعْنِي عَلى لَفْظِ الوَاحِدِ .

٣٢٥٢٢ - وَاخْتَلَفَ الفُقهاءُ فِي مَعْنى هَذا الحَدِيثِ :

٣٢٥٢٣ - فَقَالَ مِنْهُم قَائِلُونَ : مَعْناهُ النَّدْبُ إِلى بِرِّ الجَارِ ، وَالتَّجاوُزِ لَهُ وَالإِحْسَانِ إِلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلى الوُجُوبِ .

٣٢٥٢٤ - وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ ؛ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُما .

٣٢٥٢٥ - وَمِنْ حُجَّتِهِمْ قَوْلُهُ ﷺ : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » .

٣٢٥٢٦ - وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ ، عَنْ مَالِكٍ ، قَالَ : لَيْسَ يُقْضى على رَجُلٍ أَنْ يغرزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ لِجَارِهِ ، وَإِنَّما نرى أَنَّ ذَلِكَ كَانَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلى الوِصَايَةِ بِالجَارِ .

---

(١) انظر التمهيد (١٠ : ٢١٥) وما بعدها .

٣٢٥٢٧ - قَالَ : وَمَنْ أَعَارَ صَاحِبَهُ خَشبةً يغرزُها فِي جِدَارِهِ ، ثُمَّ أَغْضَبَهُ ، فَأَرَادَ أَنْ ينزعَها ، فَلَيْس لَهُ ذَلِكَ ، وأَمَّا إِنِ احْتَاجَ إِلى ذَلِكَ بِأَمْرٍ نزلَ بِهِ ، فَذَلِكَ لَهُ .

٣٢٥٢٨ - قَالَ : وَإِنْ أَرادَ أَنْ يَبِيعَ دَارَهُ ، فقالَ : انْزَعْ خَشَبَكَ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ .

٣٢٥٢٩ - قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحابُهُ : مَعْنى الحَدِيثِ المَذْكُورِ الاخْتِيارُ ، وَالنَّدْبُ فِي إِسْعَافِ الجَارِ وَبرِّهِ - إِذا سَأَلَهُ ذَلِكَ - وَهُوَ مِثْلُ مَعْنى قَولِهِ ﷺ : « إِذَا اسْتَأْذَنَتْ أَحَدَكُم امْرَأَتُهُ إِلى المَسْجِدِ ، فَلا يَمْنَعْها » ، وَهَذا مَعْنَاهُ عِنْدَ الجَمِيعِ النَّدْبُ عَلى حَسَبِ مَا يراهُ الزَّوجُ مِنَ الصَّلاحِ وَالخَيْرِ فِي ذَلِكَ .

٣٢٥٣٠ - وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ : « لاَ يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ » .

٣٢٥٣١ - قَالَ مَالِكٌ : مَا أرى أَنْ يقْضِيَ بِهِ ، وَمَا أَراهُ إِلا مِنْ وَجْهِ المَعْرُوفِ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ .

٣٢٥٣٢ - قَالَ ابْنُ القَاسِمِ : وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ كَانَ لَهُ حَائِطٌ ، فَأَرَادَ جارُهُ أَنْ يَبْنِيَ عَلَيهِ سترةً يَسْتَتِرُ بِها مِنْهُ ؟

قَالَ : لاَ أرى ذَلِكَ لَهُ إِلا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ .

٣٢٥٣٣ - وَقَالَ آخَرُونَ : ذَلِكَ عَلى الوُجُوبِ إِذَا لَمْ تَكُنْ فِي ذَلِكَ مضَرَّةٌ بَيِّنَةٌ عَلى صَاحِبِ الجِدَارِ .

٣٢٥٣٤ - وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذا : الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُهُ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحاقُ ، وَأَبو ثَورٍ ، وَدَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ ، وَجَماعَةُ أَهْلِ الحَدِيثِ ؛ لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَمْنَعَ الجَارُ جَارَهُ مِنْ ذَلِكَ ، أَلاَ ترى أَنَّ أَبا هُرَيْرَةَ رَأَى الحُجَّةَ فِيما سَمِعَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

عَلى مَا أرى مِنْ ذَلِكَ ، وَقَالَ : وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّ بِها بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ ، وَهَذا بَيِّنٌ فِي حَمْلِهِ ذَلِكَ عَلى الوُجُوبِ عَلَيْهِم ، وَلَو كَرِهُوا ، ولولاَ أَنَّهُ فهمَ فِيمَا سَمِعَ مِنَ النَّبيِّ ﷺ مَعْنى الوُجُوبِ مَا كَانَ ليوجب عَلَيهم غَيرَ وَاجِبٍ .

٣٢٥٣٥ - وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ، قَضى بِهِ عَلى مُحمدِ بْنِ مسْلمةَ للضَّحاكِ بْنِ خَلِيفَةَ .

٣٢٥٣٦ - وَقضى بِمِثْلِ ذَلِكَ لِعَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوفٍ على جَدِّ يَحْيَى بْنِ عمارةَ الأَنْصَارِيِّ .

٣٢٥٣٧ - وَالقَضَاءُ بِالمِرْفَقِ خَارِجٌ بالسُّنَّةِ عَنْ مَعْنى قَولِهِ : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » ؛ لأَنَّ هَذا مَعْنَاهُ التَّمْلِيكُ ، وَالاسْتِهْلاكُ ، وَلَيْسَ المِرْفَقُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ فرقَ فِي الحكْمِ بَيْنَهُما فَغيرُ وَاجِبٍ أَنْ يجْمعَ مَا فرقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ .

٣٢٥٣٨ - وَحكى مَالِكٌ أَنَّهُ كَانَ بِالمَدِينَةِ قَاضٍ يَقْضِي بِهِ يُسَمَّى « المُطَّلِبُ » .

٣٢٥٣٩ - وَرَوى ابْنُ نَافِعٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ مَعْنى قَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لاَ يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يغْرزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ » هَلْ ذَلِكَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ على وَجْهِ الوِصَايَةِ بِالجَارِ أَمْ يَقْضِي بِهِ القُضَاةُ ؟

فَقالَ : أرى ذَلِكَ أَمراً دلَّ النَّاس عَلَيهِ ، وأُمِرُوا بِهِ فِي حَقِّ الجَارِ .

٣٢٥٤٠ - قِيلَ : أفترى أَنْ يَقْضِيَ بِهِ القُضَاةُ ؟

قَالَ : قَدْ كَانَ المُطَّلِبُ يَقْضِي بِهِ عِنْدَنَا ، وَمَا أَرَاهُ إلا دَلِيلاً عَلى المَعْرُوفِ ، وَإِنِّي مِنْهُ لَفِي شَكٍّ .

٣٢٥٤١ - حَدَّثَنِي عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حَدَّثنا قَاسِمٌ، قَالَ: حَدَّثَنا الخُشَنِيُّ، قَالَ: حَدَّثنا ابنُ أَبِي عُمَرَ، قَالَ: حَدَّثنا سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ الزُّهرِيَّ يَقُولُ: أَخْبَرَنا عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ هُرْمُز الأَعْرجُ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا اسْتَأْذَنَ أَحَدَكُم جَارُهُ أَنْ يغرزَ خَشَبةً فِي جِدَارِهِ، فَلا يَمْنَعْهُ» فَلَمَّا حَدَّثَهُم أَبُو هُرَيْرَةَ نَكَّسُوا رُؤُوسَهُم، وَطَأْطَأُوهَا، فَقَالَ: مَالِيَ أَرَاكُم عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ[١].

٣٢٥٤٢ - وَقَالَ الرَّبِيعُ فِي البُوَيْطِيِّ عَنِ الشَّافِعِيِّ: لَيْسَ لِلْجَارِ أَنْ يَمْنَعَ جَارَهُ أَنْ يغرزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ؛ لِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ فِي ذَلِكَ.

٣٢٥٤٣ - وَرَوَى الشَّافِعِيُّ وَغَيْرُهُ، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ، قَالَ: كُنْتُ بِالْمَدِينَةِ، فَأَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يغرزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِ جَارِهِ، فَمَنَعَهُ، فَخَاصَمَهُ، وَجَاءَ بِالبَيِّنَةِ إِلى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَضَى لَهُ عَلَيْهِ.

* * *

١٤٣٠ - مَالِكٌ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ الضَّحَّاكَ ابْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجاً لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يُمرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ. فقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تمنعني؟ وَهُوَ لَكَ منفعةٌ، تشربُ به أَوَّلاً وآخِراً، وَلاَ يضرُّكَ فأَبى محمَّدٌ فكَلَّمَ فيه الضَّحَّاكُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَدَعَا عُمرُ بْنُ الْخَطَّابِ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لاَ. فَقَالَ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ؟ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ،

---

(١) لفظ مسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

تَسْقِي بِهِ أَوَّلاً وَآخِراً ، وَهُوَ لاَ يَضُرُّكَ ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لاَ ، وَاللَّهِ ، فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يُمرَّ بِهِ ، فَفعَلَ الضَّحَّاكُ(١) .

٣٢٥٤٤ - وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ هَذا الخَبرَ عَنِ يحيى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ مُحمدِ بْنِ يَحْيَى ابْنِ حبان أَنَّ رَجُلاً أَرادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءً إِلى حَائِطِهِ عَلى حَائِطِ مُحمدِ بْنِ مَسْلَمَةَ ، فَأَبى مُحمدُ بْنُ مَسْلَمَةَ ، فكَلَّمَ الرَّجُلُ عُمرَ بْنَ الخَطَّابِ ، فَقالَ عُمَرُ لِمُحَمَّدِ بْنِ مسْلَمةَ : لِمَ تنعُهُ ؟ أَعلَيْكَ فِيهِ ضَرَرٌ ؟ قالَ : لاَ ، ولاَ أُرِيدُ أَنْ يجرْيَهُ فِي حَائِطِي ، قَالَ : أَلَيْسَ لَكَ فِيهِ منْفَعَةٌ ، أَوَ لَمْ يكُنِ إلا على بطنكَ لأَجْرَاهُ .

* * *

١٤٣١ - مَالِكٌ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ ، عَنْ أَبِيهِ ؛ أَنَّهُ قَالَ : كَانَ ، فِي حَائِطِ جَدِّهِ ، رَبِيعٌ لِعَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَوْفٍ ، فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوْفٍ أَنْ يُحوِّلَهُ إِلَى نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَائِطِ ، هِيَ أَقْرَبُ إِلَى أَرْضِهِ . فَمنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ ، فكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوْفٍ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ ، فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ(٢) .

٣٢٥٤٥ - **قال أبو عمر** : أَكْثَرُ أَهْلِ الأَثرِ يَقُولُونَ فِي هَذا بِما رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَيَقُولُونَ : لَيسَ لِلْجَارِ أَنْ يمْنَعَ جَارَهُ مِمَّا لا يَضُرُّهُ .

٣٢٥٤٦ - وَزَعَمَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ الرَّدِّ أَنَّ مَالِكاً لَمْ يَرْوِ عَنْ أَحدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ

---

(١) الموطأ : ٧٤٦ ، ورواية أبي مصعب (٢٨٩٧) ، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في « المسند » (٢ : ١٣٥) ، والبيهقي في « معرفة السنن والآثار » (٩ : ١٢٢٦٤) .

(٢) الموطأ : ٧٤٦ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٨٩٨) ، ومعرفة السنن والآثار (٩ : ١٢٢٦٥) ، والربيع : الجدول .

خِلافَ عُـمَرَ فِي هَذا البَابِ ، وأَنْكرَ عَلى مَـالكٍ أَنَّهُ رواهُ وأَدْخلَهُ فِي كِتَـابِهِ ، ولَمْ يَأْخُذْ بِهِ ، ولاَ بِشَيْءٍ مِمَّا [فِي هَذا البَابِ][1] بَابِ القَضاءِ فِي المرفقِ فِي المُوطَّأ ، بَلْ ردّ ذَلِكَ كُلَّهُ بِرأْيِهِ .

٣٢٠٤٧ - **قال أبو عمر** : لَيْسَ كَمـا زَعَمَ الشَّافِعِيُّ ؛ لأنَّ مُـحمدَ بْنَ مَـسْلَمَةَ رَدَّ ذَلِكَ كُلَّهُ بِرأْيِهِ فِي ذَلِكَ خِلاف رأْيِ عُـمَرَ ، [ورَأْيُ الأَنْصَارِيِّ أَيضاً كَـانَ خِلاَفاً لِرأْيِ عُمَرَ][2] ، وكذا عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوْفٍ فِي قِصَّةِ الربيعِ وتَحْويلِ الرّبيعِ السَّاقِيَةُ .

٣٢٠٤٨ - وَإِذَا اخْتَلَفَ الصَّحَـابَةُ وَجَبَ الرُّجُوعُ إِلى النَّظَرِ ، وَالنَّظَرُ يَدُلُّ على أَنَّ دِمَاءَ المُسْلِمِينَ وَأَمْوالَهُمْ وأَعْرَاضَهُمْ مِنْ بَعْـضِهِمْ عَلى بَعْضٍ حَرامٌ إِلا مَا تَطِيبُ بِهِ النَّفْسُ مِنَ المَالِ خَاصَّةً ، فَهَذا هُوَ الثَّابِتُ عَنِ النَّبيِّ ﷺ .

٣٢٠٤٩ - وَيَدُلُّ عَلى الخِـلاَفِ أَيضـاً فِي ذَلِكَ قَـولُ أَبِي هُرَيْـرَةَ : « مَـالِي أَرَاكُم عَنْهَا مُعْرِضِينَ ، وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّ بِها ، وَنَحو هَذا » .

٣٢٠٥٠ - وَرَوى أَسـدُ بْنُ مُوسى قَـالَ : حدثَّنِي قَـيْسُ بْنُ الربيعِ ، عَنْ مَنْصُـورِ ابْنِ دِينارٍ ، عَنْ أَبِي عكرِمَـةَ المخزوميٌّ[3] ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُـولَ اللَّهِ ﷺ قَـالَ : « لاَ يَحِلُّ لامْرِئٍ مُسلِمٍ أَنْ يمنَعَ جارَهُ خَشَباتٍ يَضعُها عَلى جِدَارِهِ » ، ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ :

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) كذا قـال : « أبو عكرمـة المخزومي » . وأخرج الترمـذي في الطلاق (٣ : ٤٨٧) ، باب طلاق المعتوه حديثاً من رواية عكرمة بن خالد المخزومي عن أبي هريرة .

وذكر الحسيني في « الإكمال » ص (٥٣٦) ترجمة رقم (١١٣٣) لمن يدعى « أبو عكرمة المخزومي » ، وقـال : « أبو عكرمـة المخزومي عن أبي هريرة ، وعـنه : منصـور بن دينار » قـال الحـافظ بن حـجـر في « تعجيل المنفعة » (١٣٥١) : « أظن أداة الكنية فيه وهم - يريد ابن حجر أن صوابه عكرمة =

وَاللَّهِ لأَضْرِبَنَّ بِهَا بَيْنَ أَعْيُنِكُمْ ، وَإِنْ كَرِهْتُمْ .

٣٢٥٥١ – وَبِهَذا الحَدِيثِ وَمَا كَانَ مِثْلَهُ احتجَّ مَنْ رَأَى القَضاءَ بِالمِرْفَقِ ، وَأَنْ لا يمنعَ الجَارُ جَارَهُ وضعَ خَشَبٍ فِي جِدَارِهِ ، وَلاَ كلَّ شَيْءٍ يضرُّهُ .

٣٢٥٥٢ – وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي « التَّمهِيدِ » فِي ذَلِكَ آثاراً مُسْنَدَةً ، وَذَكَرْنا حَدِيثَ الأَعْمَشِ ، عَنْ أَنَسٍ ، قَالَ : استُشْهِدَ مِنَّا غُلامٌ يَومَ أُحدٍ ، فَجَعَلَتْ أُمُّهُ تَمْسَحُ التُّرابَ عَنْ وَجْهِهِ ، وَتَقُولُ : أَبْشِرْ هَنِيئاً لَكَ الجَنَّةُ ، فَقَالَ لَهَا النبيُّ ﷺ : « وَمَا يُدْرِيكِ لَعَلَّهُ كَانَ يتكلَّمُ فِيمَا لا يعْنِيهِ ، وَيَمْنَعُ مَا لا يَضُرُّهُ »(١) .

٣٢٥٥٣ – وَالأَعْمَشُ لاَ يصحُّ لَهُ سَماعٌ مِنْ أَنَسٍ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢٥٥٤ – وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي أَنَّهُ لاَ يحْتجُّ مِنْ حَدِيثِهِ بِمَا لَمْ يذكرْهُ عَنِ الثِّقَاتِ

= لا أبو عكرمة – فقد أخرج الحديث أحمد أيضاً عن عكرمة مولى ابن عباس .

(١) أخرجه الترمذي في الزهد (٢٣١٧) باب « فيمن تكلم فيما لا يعنيه » وقال : غريب ، ولا نعرف للأعمش سماعاً من أنس ، إلا أنه قد رآه ونظر إليه ، وذكره الذهبي في سير أعلام النبلاء (٦ : ٢٤٠) ضمن « ذكر رواية الأعمش عن أنس بن مالك » ، من رواية عمر بن حفص ، عن أبيه ، عن الأعمش ، وقال : يعد في أفراد عمر بن حفص شيخ البخاري .

(٢) هو سليمان بن مهران الأعمش الأسدي الكوفي (٦١ – ١٤٨) رأى أنس بن مالك وحفظ عنه ، وروى عن ابن أبي أوفى ، وزر ، وإبراهيم النخعي ، وعنه : شعبة والسفيانان ، وزائدة ، ووكيع ، له نحو من ألف وثلاثمائة حديث كما قال ابن المديني ، وقال ابن عيينة : كان الأعمش أقرأهم لكتاب الله ، وأحفظهم للحديث ، وأعلمهم بالفرائض .

قال وكيع : بقي الأعمش قريباً من سبعين سنة لم تفته التكبيرة الأولى .

قال الذهبي : في الميزان ٢/٢٢٤ : عداده في صغار التابعين ، ما نقموا عليه إلا التدليس .

قال ابن المبارك : إنما أفسد حديث أهل الكوفة أبو إسحاق ، والأعمش .

وقال جرير بن عبد الحميد : سمعت مغيرة يقول : أهلك أهل الكوفة أبو إسحاق وأعيمشكم هذا ، كأنه عنى الرواية عمن جاءوا إلا فالأعمش عدل صادق ثبت ، صاحب سنة وقرآن ، =

وَبِسَنَدِهِ ؛ لأَنْ كانَ يُدلِّسُ عَنِ الضُّعَفاءِ(٢) .

٣٢٥٥٥ - وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ ، فَلاَ يَرَوْنَ أَنْ يَقْضى بِشَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي

= يحسن الظن بمن يحدثه ، ويروى عنه ، ولا يمكننا أن نقطع عليه بأنه علم ضعف ذلك الذي يدلسه ، فإن هذا حرام .

وقال أحمد بن حنبل : منصور أثبت أهل الكوفة ؛ ففي حديث الأعمش اضطراب كثير .

ورواية الأعمش عن أنس منقطعة ، ما سمع من أنس ، بل صلى خلفه .

وقال أبو نعيم الحافظ : رأى أنساً ، وابن أبي أو في ، وسمع منهما .

وقال البزار : سمع من أنس ، ثم أورد حديثاً ذكر فيه سماعه منه ، وقال أبو داود : روايته عن أنس ضعيفة .

قال الذهبي : وهو يدلس ، وربما دلس عن ضعيف ، ولا يدرى به ، فمتى قال حدثنا : فلا كلام ، ومتى قال « عن » تطرق إليه احتمال التدليس إلا في شيوخ له أكثر عنهم : كإبراهيم ، وابن أبي وائل ، وأبي صالح فإن روايته عن هذا الصنف محمولة على الاتصال .

وذكر الذهبى ٢٢٤/٢ أن ابن المديني قال :

الأعمش كان كثير الوهم فى أحاديث هؤلاء الضعفاء . إذن فلا يقدح فيه روايته عن الضعفاء ، فقد كان إماماً ثبتا .

جاء في تهذيب التهذيب في ترجمته ٢٢٣/٤ : كان شعبة إذا ذكر الأعمش قال : المصحف المصحف .

وقال عمرو بن على : كان الأعمش يسمى المصحف لصدقه » .

ترجمته في :

طبقات ابن سعد ٣٤٢/٦ ، تاريخ خليفة (٢٣٢ ، ٤٢٤) ، طبقات خليفة (١٦٤) ، التاريخ الصغير : ٩١/٢ ، الجرح والتعديل ١٤٦/٤ ، مشاهير علماء الأمصار (١١١) ، حلية الأولياء ٤٦/٥ - ٦٠ ، تاريخ بغداد ٣/٩ ، الكامل في التاريخ ٥٨٩/٥ ، وفيات الأعيان ٤٠٠/٢ - ٤٠٣ ، تهذيب الكمال (٥٤٨ - ٥٤٩) ، تذهيب التهذيب ٢/٥٤/٢٠ ، تاريخ الإسلام ٧٥/٦ ميزان الاعتدال ٢٢٤/٢ ، تذكرة الحفاظ ١٥٤/١ سير أعلام النبلاء (٦ : ٢٢٦) غاية النهاية ٣١٥/١ ، تهذيب التهذيب ٢٢٢/٤ - ٢٢٦ ، خلاصة تذهيب الكمال (١٥٥) ، شذرات الذهب ٢٢٠/١ - ٢٢٣ .

هَذا البَابِ عَنِ النبيِّ ﷺ فِي نَهْيِ الجَارِ أَنْ يمنعَ جَارَهُ مِنْ غرزِ الخَشَبَةِ فِي جِدَارِهِ .

٣٢٥٥٦ - وَعَنْ عُمَرَ فِي قِصَّةِ الخليجِ فِي أَرْضِ مُحمدِ بْنِ مسلَمَةَ ، ولا مَا كَانَ مِثْلَ ذَلِكَ كُلِّه بِقَولِهِ ﷺ : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وأَمْوالَكُم عَلَيْكُمْ حَرَامٌ » أَيْ مِنْ بَعْضِكُم عَلى بَعْضٍ لِقَولِهِ ﷺ : « لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » .

٣٢٥٥٧ - وَهَذا هُوَ المَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ المَعْمُولِ بِهِ .

٣٢٥٥٨ - فَروى أَصْبغٌ ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ ، قالَ : لاَ يُؤْخَذُ بِما قَضى بِهِ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ عَلى مُحمدِ بْنِ مسلَمَةَ فِي الخَلِيجِ ، ولاَ ينبَغِي أَنْ يكُونَ أَحَقَّ بِمَالِ أَخِيهِ مِنْهُ إِلا بِرِضَاهُ .

٣٢٥٥٩ - قَالَ : وأَمَّا مَا حكمَ بِهِ لِعَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوفٍ مِنْ تَحْوِيلِ الرَّبيعِ مِنْ مَوْضِعِهِ إِلى نَاحِيةٍ أُخرى مِنَ الحَائِطِ ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ ، وَيعْملُ بِمثْلِهِ ؛ لأَنَّ مَجرى ذَلِكَ الربيعِ كَانَ لِعَبْدِ الرَّحْمنِ ثَابِتاً فِي الحَائِطِ ، وَإِنَّما أَرادَ تَحْوِيلَهُ إِلى نَاحِيَةٍ أُخْرى [مِنَ الحَائِطِ ، وَإِنَّما][1] هِيَ أَقْرَبُ عَلَيهِ وأَنْفعُ ، وأَرْفَقُ لِصَاحِبِ الحَائِطِ ، وَكَذَلِكَ حكَمَ عَلَيهِ عُمَرُ بِتَحْوِيلِهِ .

٣٢٥٦٠ - وأَمَّا عَبْدُ المَلِكِ بْنُ حبيبٍ فَإِنَّهُ اضْطَربَ فِي هَذا البَابِ ، ولَمْ يَثْبتْ فِيهِ عَلَى مَذْهَبِ مالِكٍ ، ولاَ مَذْهَبِ العِرَاقِيِّينَ ، ولاَ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَتَنَاقَضَ فِي ذَلِكَ ، فَقالَ فِي قَولِهِ ﷺ : « لاَ يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ ، أرى أَنَّهُ لاَزِمٌ لِلْحَاكِمِ أَنْ يحكُمَ بِهِ عَلى مَنْ أَبَاهُ ، وأَنْ يجبرَهُ عَلَيهِ بِالقَضَاءِ ؛ لأَنَّهُ حَقٌّ قَضى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَلأَنَّهُ مِنَ الضَّررِ أَنْ يدفعَ جارَهُ أَنْ يغرزَ خشَبةً عَلى جِدَارِهِ ، فَيمْنعُهُ

---

(١) سقط في (ط) .

بِذَلِكَ المَنْفَعَة ، وَصَاحِبُ الجِدَارِ لا ضَرَرَ عَلَيهِ فِيهِ ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لا ضَرَرَ ، وَلاَ ضِرَارَ » ، وَقَالَ عُمَرُ : لِمَ تَمنَعُ أَخَاكَ مَا لاَ يَضرُّكَ ؟ .

٣٢٥٦١ - وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ : لِلْجَارِ إِذَا تهورت بِئْرُهُ أَنْ يَسْقِي نَخِيلَهُ وَزَرعَهُ مِنْ بِئْرِهِ ، وَهَذَا أَبْعَدُ مِنْ غَرْزِ الخَشَبَةِ فِي جِدَارِ الجَارِ إِذَا لَمْ يَكُنْ يَضرٌّ بِالجِدَارِ ، فَإِنْ خِيفَ عَلَيهِ أَنْ يوهنَ الجِدَارُ ، وَيَضرُّ بِهِ لَمْ يجبرْ صَاحِبُ الجِدَارِ عَلَى ذَلِكَ وَقِيلَ لِصَاحِبِ الخَشَبِ : احْتَلْ لِخَشَبِكَ .

٣٢٥٦٢ - قَالَ : وَمِثْلُهُ حَدِيثُ رَبِيعِ عَبْدِ الرَّحْمنِ [بن عوف][1] فِي حَائِطِ المازنيِّ .

٣٢٥٦٣ - قَالَ : فَهذَا أَيضاً يجبرُ عَلَيهِ بِالقَضَاءِ مِنْ أَجْلِ أَنَّ مجرى ذَلِكَ الربيعِ كَانَ ثَابِتاً فِي الحَائِطِ لِعَبْدِ الرَّحمنِ قَدِ اسْتَحَقَّهُ ، فَأَرَادَ تَحْوِيلَهُ إِلى نَاحِيَةٍ أُخْرى هِيَ أَقْرَبُ عَلَيهِ ، وَأَرْفَقُ لِصَاحِبِ الحَائِطِ .

٣٢٥٦٤ - قَالَ : وَأَمَّا الحَدِيثُ الثَّالِثُ فِي قِصَّةِ الضَّحَّاكِ بْنِ خليفةَ مَعَ مُحمدِ بْنِ مسْلَمَةَ ، فَلَمْ أَجِدْ أَحَداً مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَغيرِهِ يَرى أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لاَزِماً فِي الحُكْمِ لأَحَدٍ عَلى أَحَدٍ ، وَإِنَّما كَانَ ذَلِكَ تَشْدِيداً عَلى مُحمدِ بْنِ مسْلَمَةَ ، وَلاَ يَنْبَغِي لأَحَدٍ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ أَحَقَّ بِمَالِهِ مِنْهُ إِلا بِرِضَاهُ .

٣٢٥٦٥ - **قال أبو عمر** : مِثْلُ هَذا يلْزمُ فِي قِصَّةِ [رَبِيعِ][2] عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَوفٍ فِي حَائِطِ [الأَنْصاري][3] المازنيِّ ؛ لأَنَّ الَّذِي اسْتَحقَّ مِنْهُ مَجْرى رَبِيعٍ فِي

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

ذَلِكَ المَوْضعِ بِعَينِه ، وَمَا عَدا ذَلِكَ المَوضعِ ، فَمِلْكُ الأَنْصَارِيِّ لاَ يَحِلُّ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ ، كَما لَوِ اكْتَرَى رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ دَاراً ، أَو حَانُوتاً بِعَيْنِه ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَنْقُلَهُ عَنْهُ إلى غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ لَهُ عِنْدَهُم ذَلِكَ إلا بِرِضا المُكْتَرِي ، وَلاَ يَجُوزُ إلا أَنْ يكُونَ البَابُ فِي ذَلِكَ بَاباً وَاحِداً ، وَيَكُونُ القَضَاءُ بِالمِرْفَقِ خَارِجاً عَنْ مَعْنى قَولِ النَّبيِّ ﷺ : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » بِدَلِيلِ حَدِيثِ أَبي هُرَيْرَةَ فِي غَرزِ الخَشبِ عَلى الجِدَارِ ، وَقضاءُ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ رضي الله عنه بِأَنَّهُ لاَ يَجُوزُ لِلْجَارِ أَنْ يَمْنَعَ جَارَهُ مَا لا يَضُرُّهُ ، فَيَكُونُ حِينَئِذٍ مَعْنى قَولِ النَّبيِّ ﷺ : « لاَ يَحلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » خَرجَ عَلى الأَعْيانِ ، وَالرِّقَابِ ، وَاسْتِهلاَكِها إذَا أُخِذَتْ بِغيرِ إِذْنِ صَاحِبِها لاَ عَلى المَرافِقِ ، وَالآثارُ الَّتِي لاَ تَسْتحِقُّ بِها رَقَبةٌ ، وَلاَ عَيْنُ شَيْءٍ ، وَإِنَّما تَسْتَحِقُّ بِها مَنْفَعةٌ ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ .

* * *

(٢٧) باب القضاء في قسم الأموال(*)

١٤٣٢ - مَالِكٌ ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ ؛ أَنَّهُ قَالَ : بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلاَمُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلاَمِ »(١) .

٣٢٥٦٦ - **قال أبو عمر** : هَكَذَا هَذَا الحَدِيثُ فِي « الْمُوَطَّإِ » عِنْدَ جَمِيعِ الرُّوَاةِ ، لَمْ يَخْتَلِفُوا فِي أَنَّهُ بَلاغٌ عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ .

٣٢٥٦٧ - وَرَوَاهُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ طَهْمَانَ عَنْ مَالِكٍ ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ .

٣٢٥٦٨ - وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ طَهْمَانَ ثِقَةٌ(٢) .

(*) **المسألة - ٦٨٩م** - أحكام الأموال والأنساب والأنكحة التي كانت في الجاهلية ماضية على ما وقع الحكم منهم فيها أيام الجاهلية لا يرد منها شيء في الإسلام ، وما حدث في الإسلام فإنه يستأنف فيه حكم الإسلام .

(١) الموطأ : ٧٤٦ - ٧٤٧ - ، ورواية أبي مصعب (٢٩٠٢) ، كما أخرج أبو داود ، وابن ماجه معناه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بمعناه : أخرجه أبو داود في الفرائض ح (٢٩١٤) ، باب فيمن أسلم على ميراث (٣ : ١٢٦) . وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٤٨٥) ، باب قسمة الماء (٢ : ٨٣١) .

(٢) هو إبراهيم بن طهمان بن شعبة الخراساني ، أبو سعيد الهروي .

ولد بهراة ، وسكن نيسابور ، وقدم بغداد ، وحدث بها ، ثم سكن مكة حتى مات بها سنة (١٦٨) ، وكانت ولادته في آخر زمن الصحابة الصغار ، وارتحل في طلب العلم ، فحمل عن آدم ابن علي ، وثابت البناني ، وعبد العزيز بن رفيع ، وسماك بن حرب ، وأبي حصين ، =

٣٢٥٦٩ - وَالحَدِيثُ مَعْرُوفٌ لابْنِ عَبَّاسٍ ، قَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ طُرُقٍ فِي « التَّمْهِيدِ »[1] :

٣٢٥٧٠ - مِنْهَا مَا حدثنا عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ ، قَالَ : حَدَّثَني قَاسِمُ بْنُ أصبغ ، قالَ : حدَّثَنِي إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَبْدِ الرَّحِيم ، قَالَ : حدَّثني مُوسى بْنُ دَاوُدَ ، قالَ :

= ومحمد بن زياد الجمحي ، صاحب أبي هريرة ، ومنصور بن المعتمر ، وأبي جمرة الضبعي ، وأبي إسحاق السبيعي ، وأبي الزبير ، وعاصم ابن بهدلة ، وعاصم بن سليمان ، وحسين المعلم ، وعطاء ابن أبي مسلم الخراساني ، وعبد العزيز بن صهيب ، ومطر الوراق ، ويحيى بن سعيد ، وخلق سواهم .

وعنه : صفوان بن سليم شيخه ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن جعفر بن أبي كثير ، وابن المبارك ، وحفص بن عبد الله السلمي ، وأبو عامر العقدي ، وعمر ابن عبد الله بن رزين ، وعبد الرحمن بن مهدي ، ومحمد بن سابق ، ومعن القزاز ، ويحيى بن أبي بكير ، ويحيى بن الضريس ، وأبو حذيفة النهدي ، وعبد الرحمن بن سلام الجمحي ، ومحمد بن سنان العوقي ، وأمم سواهم .

وثقه ابن المبارك ، وأحمد ، وأبو حاتم ، وغيرهم .

وقال عبد الله بن أحمد عن يحيى بن معين : لا بأس به .

وقال أبو حاتم أيضاً : حسن الحديث ، صدوق .

وقال عثمان بن سعيد : لم يزل الأئمة يشتهون حديثه ، ويرغبون فيه ، ويوثقونه .

أخرج له الجماعة ، وترجمته في :

التاريخ الكبير (١ : ٢٩٤) ، مشاهير علماء الأمصار : ١٩٩ ، الفهرست : المقالة السادسة الفن السادس ، تاريخ بغداد : ١٠٥/٦ - ١١١ ، الكامل لابن الأثير : ٦٢/٦ ، تهذيب الكمال (٢ : ١١٤) ، تذكرة الحفاظ : ٢١٣/١ ، ميزان الاعتدال : ٣٨/١ ، عبر الذهبي : ٢٤١/١ ، سير أعلام النبلاء (٧ : ٣٧٨) الوافي بالوفيات : ٢٣/٦ - ٢٤ ، العقد الثمين : ٢١٥/٣ - ٢١٦ ، تهذيب التهذيب : ١٢٩/١ - ١٣١ ، طبقات الحفاظ : ٩٠ ، خلاصة تذهيب الكمال ١٨ ، طبقات المفسرين : ١٠/١ - ١١ ، شذرات الذهب : ٢٥٧/١ ، الجواهر المضية للقرشي (١ : ٣٩٢) والطبقات السنية للتميمي (١ : ٢٢٩) ، والعقد الثمين للفاسي (٣ : ٢١٥) .

(١) الحديث في **التمهيد** (٢ : ٤٨) وما بعدها .

حَدَّثني مُحمدُ بْنُ مُسْلِمٍ الطَّائفيُّ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ ، عَنْ أبي الشَّعْثاءِ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « كُلُّ قَسمٍ قُسمَ فِي الجَاهِلِيَّةِ ، فَهُوَ عَلى مَا قُسمَ ، وكُلُّ قَسمٍ أَدْرَكَهُ الإِسْلامُ »ولَمْ يُقسمْ ، فَهُوَ عَلى قسْمةِ الإِسْلامِ »[1] .

٣٢٥٧١ - وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ مَالِكٍ مِنْ مَعْنى هَذا الحَديثِ فِي الفَرْقِ بَيْنَ مَنْ لا كِتَابَ لَهُ مِنَ الكُفَّارِ ، وَبَيْنَ أَهْلِ الكِتَابِ :

٣٢٥٧٢ - فَروى سَحْنونُ ، وأَبُو ثَابتٍ عَنِ ابْنِ القَاسِمِ ، قَالَ : سَأَلْتُ مَالِكاً عَنِ الحَديثِ الَّذي جاءَ : « أَيُّما دَارٍ قُسمَتْ فِي الجَاهِلِيَّةِ ، فَهِيَ عَلى قسْمةِ الجَاهِلِيَّةِ ، وأَيُّما دَارٍ أَدْرَكَها الإِسْلامُ ، ولَمْ تُقسمْ ، فَهِيَ عَلى قَسمِ الإِسْلامِ .

٣٢٥٧٢م - فَقالَ مَالِكٌ : الحَديثُ لِغيرِ أَهْلِ الكِتَابِ ؛ فَأَمَّا اليَهُودُ والنَّصارَى ، فَهُمْ عَلى مَوَارِثِيهِمْ ، [لاَ يَنقلُ الإِسْلامُ مَوَارِيثَهُم][2] الَّتي كَانُوا عَلَيها .

٣٢٥٧٣ - قَالَ إِسْماعِيلُ بْنُ إِسْحاقَ : قَولُ مَالِكٍ هَذا عَلى أَنَّ النَّصارى وَاليَهُودَ لَهُمْ مَوَارِيثُ قَدْ تَراضَوْا عَلَيها ، وَإِنْ كَانَتْ ظُلْماً ، فَإِذَا أَسْلَمُوا عَلى مِيرَاثٍ قَدْ مَضى ، فَهُمْ كَما لَوِ اصْطَلَحُوا عَلَيهِ ، ثُمَّ يَكُونُ مَا يَحْدثُ مِنْ مَوَارِيثِهِمْ بَعْدَ الإِسْلامِ .

٣٢٥٧٤ - **قال أبو عمر** : رَوى ابن نافع ، وأَشْهَبُ ، وَعَبْدُ المَلكِ بْنُ عَبْدِ العَزيزِ ابْنِ المَاجِشُونِ ، وَمُطرفٌ ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ فِي الكُفَّارِ كُلِّهِمْ : المَجُوسِ وَمُشْرِكي العَرَبِ ، وَأَهْلِ الكِتَابِ ، وَجَمِيعِ أَهْلِ المِلَلِ[3] ؛ ذَكَرَهُ ابْنُ حبيبٍ عَنْهُمْ .

٣٢٥٧٥ - وكَذَلِكَ رَوى أَصْبغٌ ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ أَنَّهُ أَجَابَهُ فِي مَعْنى هَذا

(١) **التمهيد** الموضع السابق .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) **التمهيد** (٢ : ٥٢ - ٥٣) .

الحَدِيثِ بِذَلِكَ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ عَنْهُ فِي « التَّمْهِيدِ »[١] .

٣٢٥٧٦ - وَهَذا أَولى ؛ لِمَا فِيهِ مِن اسْتِعْمَالِ الحَدِيثِ عَلى عُمُومِهِ ، وَظَاهِرِهِ وَلأَنَّ الكُفْرَ لا تَفْتَرِقُ أَحْكَامُهُ فِيمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُم أَنَّهُ يقرُّ على نِكاحِهِ ، وَيلحقُهُ وَلَدُهُ .

٣٢٥٧٧ - وَعِنْدَ مَالِكٍ ، وأَصْحابِهِ أَنَّ أَهْلَ الكُفْرِ كُلَّهم فِي الجِزْيَةِ سَوَاءٌ كَما هُمْ عِنْدَ الجَمِيعِ فِي مُقَاتَلَتِهم ، وَسَبْي ذَرَارِيهم فِي الدُّنيا ، وَفِي الخُلُودِ فِي النَّارِ ، فَلاَ وَجْهَ لفرقٍ بَيْنَ شَيْءٍ مِنْ أَحْكَامِهِمْ إِلاَّ مَا خَصَّتْهُ السُّنَّةُ ، فَيسلمُ لَها كَمَا خصَّتِ الكِتَابِيِّين فِي أَكْلِ ذَبَائِحِهِمْ ، وَنِكَاحِ نِسَائِهِمْ ، وَمُحالٌ أَنْ يَكُونَ جَماعَةٌ مُؤْمِنُونَ يَقْتَسِمُونَ مِيرَاثَهُم عَلى شَرِيعَةِ الكُفْرِ .

٣٢٥٧٨ - وَهُوَ قَولُ [ابن شهاب و][٢] جُمْهُورِ أَهْلِ العِلْمِ بِالحِجَازِ ، وَالعِرَاقِ ، وَهُوَ قَولُ اللَّيْثِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالأَوْزَاعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وأَصْحابِهِ .

٣٢٥٧٩ - فَإِنْ أَسْلَمَ بَعْضُ وَرَثَةِ المَيتِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَبَعْدَ قسمِ المِيرَاثِ ، أَو أُعْتِقَ ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ مِنَ المِيرَاثِ ؛ لأَنَّهُ وَجَبَ يَومَ مَاتَ المَوْرُوثُ .

٣٢٥٨٠ - هَذا قَولُ جَماعَةِ فُقهاءِ الأَمْصارِ ، وَجُمْهُورِ التَّابِعِينَ ، إِلا قَوْماً مِنْ أَهْلِ البَصْرَةِ .

٣٢٥٨١ - وَرِوَايَةٌ جَاءَتْ عَنْ عُمَرَ ، وَعُثْمَانَ مِنْ رِوَايَتِهِمْ ، إِسْنَادُها لَيْس بِالقَائِمِ ، رَوَاهَا حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ ، [عَنْ أَيُّوب][٣] ، عَنْ أَبي قِلابَةَ ، عَنْ حَسَّانَ بْنِ بِلالٍ المزنيِّ ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ قَتادَةَ أَنَّ إِنْساناً مِنْ أَهْلِهِ مَاتَ ، وَهُوَ عَلى غَيرِ دِينِ الإِسْلاَمِ ، قَالَ :

(١) **التمهيد** (٢ : ٥٢ - ٥٣) .

(٢) من **(ط)** فقط . وهو موافق للفظ **التمهيد** (٢ : ٥٣) .

(٣) سقط في **(ي ، س)** .

فَوَرِثَتْهُ ابنتُه دونِي ، وكَانَتْ على دِينِهِ ، ثُمَّ إِنَّ جَدِّي أَسْلَمَ ، وَشَهِدَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حُنَيْناً ، فَتُوفِّيَ وتَرَكَ نَخْلاً ، فَأَسْلَمَتْ ، وَخَاصَمَتْنِي فِي المِيرَاثِ إِلى عُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ ، فَحدثَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الأَرْقَمِ أَنَّ عُمَرَ قَضى أَنَّهُ مَنْ أَسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقسمَ ، فَإِنَّهُ نَصِيبُهُ ، فَقَضى لَهُ عُثْمانُ ، فَذَهَبَت بِالأُولى ، وَشَارَكَتْنِي فِي الآخِرَةِ(١) .

٣٢٥٨٢ - وَرَوى سَعِيدُ بْنُ أَبِي عرُوبَةَ ، عَنْ قَتادَةَ ، عَنْ حسانَ بْنِ بِلالٍ ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ قَتادَةَ العنزِيِّ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الأَرْقَمِ - كَاتِبِ عُمَرَ - أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ قَالَ : مَنْ أَسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقسمَ صَارَ المِيرَاثُ لَهُ بِإِسْلامِهِ واجباً(٢) .

٣٢٥٨٣ - وَرَوى يَزِيدُ بْنُ زريعٍ ، عَنْ خَالِدِ الحذَّاء ، عَنْ أَبي قلابَةَ ، عَنْ يزيد ابْنِ قَتادَةَ ، قَالَ : تُوفِّيَتْ أُمُّنا مُسْلِمةً ، وَلِي إِخْوةٌ نَصارى ، فَأَسْلَمُوا قَبْلَ أَنْ يُقسمَ المِيرَاثُ ، فَدَخلُوا عَلى عُثْمانَ ، فَسأَلَ : كَيْفَ قَضى فِي ذَلِكَ عُمَرُ ؟ فَأَخبرَ ، فَأَشْرَكَ بَيْنَنَا(٣) .

٣٢٥٨٤ - وَبِهَذا قَالَ الحَسَنُ البَصْرِيُّ ، وَأَبُو الشَّعْثاءِ - جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ - ، وَقَتادَةُ ، وَحُمَيدٌ الطَّوِيلُ ، وَإِيَاسُ بْنُ مُعاوِيَةَ(٤) .

٣٢٥٨٥ - وَرَوى وهيبٌ ، عَنْ يُونُسَ ، عَنِ الحَسَنِ ، قالَ : مَنْ أَسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ(٥) .

---

(١) التمهيد (٢ : ٥٧) .

(٢) التمهيد (٢ : ٥٨) .

(٣) التمهيد (٢ : ٥٨) ، ومصنف عبد الرزاق (٦ : ٢٦) و (١٠ : ٣٤٦) ، والمغني (٦ : ٢٩٩)

(٤) مصنف عبد الرزاق (٦ : ٢١٦) و (١٠ : ٣٥٠) .

(٥) التمهيد (٢ : ٥٨) .

٣٢٥٨٦ - وَقَالَ الحَسَنُ : فَإِنْ قُسمَ بَعْضُ المِيرَاثِ ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، وَرِثَ مَا لَمْ يُقسمْ ، وَلَمْ يَرِثْ بِما قسمَ .

٣٢٥٨٧ - وَحُجَّةُ مَنْ قَالَ بِهَذا أَو ذَهَبَ إِلَيهِ حَدِيثُ هَذَا البَابِ المُسْنَدُ ، وَالمُرْسَلُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَوَّلِهِ .

٣٢٥٨٨ - وَقَدْ رَوى عَبْدُ الوَارِثِ ، عَنْ كثيرِ بْنِ شنظيرٍ ، عَنْ عطاءٍ أَنَّ رَجُلاً أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ أَنْ يقسمَ ، فَأَعْطَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نَصِيبَهُ مِنْهُ[1] .

٣٢٥٨٩ - **قال أبو عمر** : حُكْمُ مَنْ اعْتَقَ قَبْلَ القَسْمِ عِنْدَ هَؤُلاءِ كَحكْمِ مَنْ أَسْلَمَ ، إِلا أَنَّهُ اختُلِفَ فِيهِ عَنِ الحَسَنِ :

فَمَرَّةً هُوَ قَالَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَسْلَمَ .

وَمَرَّةً قَالَ : مَنْ أَسْلَمَ وَرِثَ ، وَمَنْ أُعْتقَ لَمْ يَرِثْ ؛ لأَنَّ الحَدِيثَ إِنَّما جَاءَ مِمَّنْ أَدْرَكَ الإِسْلامَ .

٣٢٥٩٠ - وَبِهِ قَالَ إِيَاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ .

٣٢٥٩١ - وَرَوى حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ ، عَنْ حميدٍ ، قال : كَانَ إِيَاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ يَقُولُ : أَمَّا النَّصْرَانِيُّ يُسْلِمُ ، فَنَعَمْ ، وَأَمَّا العَبْدُ يعتقُ ، فَلا .

٣٢٥٩٢ - وَبِهِ قَالَ حُمَيْدٌ .

٣٢٥٩٣ - وَرَوى أَبُو زرْعَةَ الرَّازِيُّ ، قَالَ : حَدَّثَني مُوسى بْنُ إِسْمَاعِيلَ ، قالَ : حَدَّثَني حَمَّادٌ ، عَنْ حُمَيدٍ ، عَنِ الحَسَنِ ، قَالَ : العَبْدُ إِذا أُعْتقَ عَلى مِيراثٍ قَبْلَ أَنْ

(١) **التمهيد** (٢ : ٥٨) .

يُقْسَمَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ(١) .

٣٢٥٩٤ - وَهُوَ قَوْلُ مَكْحُولٍ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو زرْعَةَ فِيمَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يقسمَ أَنَّهُ له ، وَخَالَفَهُ أَبُو حَاتِمٍ الرَّزَايُّ ، فَقَالَ : لَيْسَ لَهُ مِنَ المِيرَاثِ شَيْءٌ(٢) .

٣٢٥٩٥ - **قال أبو عمر** : قَدْ ذَكَرْنا [أَنَّ جُمْهُورَ العُلَماءِ](٣) عَلَى أَنَّ الوَارِثَ لا يسْتَحقُّ المِيرَاثَ إلا فِي حِينِ مَوتِ المُورثِ ، وأَنَّهُ - حِينَئِذٍ - يجب لِمَنْ أَوْجَبَهُ اللَّهُ تعالى بِالدِّينِ وَالنَّسَبِ ، والحرِّيَّةِ ، وَالحَيَاةِ ، وإِنْ كَانَ حَمْلاً فِي البَطْنِ .

٣٢٥٩٦ - وَهُوَ قَوْلُ جَمَاعَةِ فُقهاءِ الأَمْصارِ .

٣٢٥٩٦م - رَوَى يَزِيدُ بْنُ زُرَيعٍ ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبِي هِنْدٍ ، عَنْ سَعِيدِ [بْنِ المُسَيَّبِ ، قَالَ : إِذَا مَاتَ المَيِّتُ يردُّ المِيرَاثَ لأَهْلِهِ(٤) .

٣٢٥٩٧ - وَيَزِيدُ بْنُ زُرَيعٍ ، عَنْ سَعِيدٍ](٥) عَنْ أَبِي معشرٍ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، قَالَ : مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبلَ أَنْ يُقْسَمَ ، أَو أُعْتِقَ عَلى مِيراثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُما شَيْءٌ ، وَجَبَتِ الحُقُوقُ لأَهْلِها حَيْثُ مَاتَ(٦) .

٣٢٥٩٨ - وَقَالَ شُعْبَةُ : سَأَلْتُ الحَكَمَ ، وَحَمَّاداً عَنْ رَجُلٍ أَسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ ، فَقَالاَ : لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ(٧) .

---

(١) انظر الآثار عنهم في **التمهيد** (٢ : ٥٩) .

(٢) **التمهيد** (٢ : ٥٩) .

(٣) سقط في (ك) .

(٤) مصنف عبد الرزاق (٦ : ٢٧) ، الأثر (٩٨٩٦) ، **والتمهيد** (٢ : ٦٠) .

(٥) ما مضى بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٦) مصنف عبد الرزاق (٧ : ١٦٨) ، والمغني (٦ : ٢٩٩) **والتمهيد** (٢ : ٦٠) .

(٧) **التمهيد** (٢ : ٥٦) .

٣٢٥٩٩ - وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، قَالَ : أَخبرَنا ابْنُ جُرِيجٍ ، عَنْ عَطاءٍ ، وَابْنُ أَبِي لَيلى : إِنْ مَاتَ مُسْلِمٌ ، وَلَهُ وَلَدٌ نَصارى ، ثُمَّ أَسْلَمُوا ، وَلَمْ يُقْسَمْ مِيرَاثُهُ حَتَّى أَسْلَمُوا ، فَلاَ حَقَّ لَهُمْ وَقَعَتِ المواريث قَبْلَ أن يُسْلِمُوا[1] .

٣٢٦٠٠ - قَالَ : وَأَخْبرنا مَعْمَرٌ ، عَنِ الزُّهريِّ سَمِعَهُ يَقُولُ : إِذَا وَقَعَتِ المَوَارِيثُ ، فَمَنْ أَسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ نَفَذَ ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ[2] .

٣٢٦٠١ - وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهم ، وَاللَّيْثُ ، وَالأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَعَلَيهِ العَمَلُ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

* * *

١٤٣٣ - قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ هَلَكَ وَتَرَكَ أَمْوَالاً بِالْعَالِيَةِ وَالسَّافِلَةِ : إِنَّ الْبَعْلَ لاَ يُقْسَمُ مَعَ النَّضْحِ ، إِلاَّ أَنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ ، وَإِنَّ الْبَعْلَ يُقْسَمُ مَعَ الْعَيْنِ ، إِذَا كَانَ يُشْبِهُهَا ، وَأَنَّ الأَمْوَالَ إِذَا كَانَتْ بِأَرْضٍ وَاحِدَةٍ ، الَّذِي بَيْنَهُمَا مُتَقَارِبٌ ، أَنَّهُ يُقَامُ كُلُّ مَالٍ مِنْهَا ثُمَّ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ ، وَالْمَسَاكِنُ وَالدُّورُ بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ[3] .

٣٢٦٠٢ - **قال أبو عمر** : اخْتَلَفَ فُقَهَاءُ الأَمْصَارِ فِي قِسْمَةِ الأَرضِينَ ، وَالدُّورِ عَلى مَا أَصِفُ لَكَ :

---

(١) **التمهيد** (٢ : ٥٦) ، مصنف عبد الرزاق (٦ : ٢٤) ، الأثر (٩٨٨٨) .

(٢) مصنف عبد الرزاق (٦ : ٢٤) ، الأثر (٩٨٩٠) .

(٣) الموطأ : ٧٤٧ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٠٣) .

(العالية والسافلة) : جهتان بالمدينة .

(البعل) : ما يشرب بعررقة من غير سقي ولا مطر ، وقيل : هو ما سقته ماء الأمطار .

(النضح) : الماء الذي يحمله الناضح ، وهو البعير .

٣٢٦٠٣ - فَمَذْهَبُ مَالِكٍ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ القَاسِمِ وَغَيْرُهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : إِذَا كَانَتِ الدُّورُ مُتَقَارِبَةً ، وَالغرضُ فيها مُتقارِباً قسمت قَسْماً وَاحِداً ، وَإِنِ افْتَرَقَتِ البقَاعُ ، وَاخْتَلَفَتِ الأَغْرَاضُ قُسمت كُلُّ دَارٍ عَلى حِدَةٍ ، وَكَذَلِكَ الأَرضُونَ وَالقُرى .

٣٢٦٠٤ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهما : تقسمُ كُلُّ دَارٍ ، وَكُلُّ ضَيْعَةٍ عَلى حِدَةٍ ، وَلاَ يقسمُ بَعْضُها عَلى بَعْضٍ .

٣٢٦٠٥ - وَحُجَّتهم أَنَّ كُلَّ بُقْعَةٍ وَدَارٍ تُعْتَبَرُ بِها عَلى نَفْسِها ، لاَ تتعلَّقُ الشُّفْعَةُ دُونَ غَيْرِها .

٣٢٦٠٦ - وَاخْتَلَفُوا فِيمَا لاَ يَنْقَسِمُ مِنَ الدُّورِ إِلا عَلى ضَرَرٍ بِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ ، أَو بِهِمَا مَعاً :

٣٢٦٠٧ - فَقَالَ مَالِكٌ : مَا لاَ يَنْتفعُ بِما يقسمُ مِنْهُ أُجْبِرَا جَمِيعاً عَلى البَيْعِ إِذَا أَحَبَّا القِسْمَةَ ، وَاقْتسمَا الثَّمَنَ ، وَكَذَلِكَ الثِّيَابُ ، وَالحَيَوانُ .

٣٢٦٠٨ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : إِنِ اتَّفَقَا عَلى قِسْمَةِ مَا لاَ يَنْتَفِعَانِ بِهِ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ يَمْلِكَانِهِ قُسِمَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ أَبَيَا مِنْ قِسْمَةِ مَا فِيهِ عَلَيْهِما جَمِيعاً ضَرَرٌ فِي القِسْمَةِ لَم يُجْبَرْ عَلَى البَيْعِ ، وَلاَ عَلى القِسْمَةِ إِنْ شَاءَ احبسا وَإِنْ شَاءَا بَاعَا ، وَإِنْ شَاءَا قسمَا ، وَلاَ يُجبَرَانِ عَلَى البَيْعِ ، وَلاَ عَلى القِسْمَةِ ، [وَلاَ فِي الحيوانِ][1] ، وَلاَ فِي الثِّيَابِ ، وَلاَ فِي شَيْءٍ ؛ لأَنَّ اللَّهَ - عَزَّ وجلَّ - يَقُولُ : ﴿ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] .

٣٢٦٠٩ - وَاخْتَلَفُوا إِنِ انْتَفَعَ أَحَدٌ مِنْهُم بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّارِ وَالحَانُوتِ وَسَائِرِ

---

(١) سقط في (ك) .

العَقارِ ، ولَمْ ينتفعِ الآخرُ ، وطَلَبُوا جَميعاً القسْمَةَ :

٣٢٦١٠ – فاتَّفقَ مَالكٌ ، وأبو حَنيفَةَ ، والشَّافِعِيُّ أَنَّهُ يقسمُ بينَهُم .

٣٢٦١١ – وقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : لاَ يقسمُ حَتَّى يكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُما مَا ينْتفعُ بِهِ .

٣٢٦١٢ – وقَالَ [مَالِكٌ ، وَ](١) أبو حَنِيفَةَ : إِذَا طَلَبَ مَنْ يَنتفعُ بِنَصيبِهِ القسْمَةَ قسمَ ، وإِنْ لَمْ يَنتَفعِ الآخرُ ، وتقسمُ العرصةُ عِنْدَ مَالِكٍ ، وَإِنْ لَمْ يَنتفعْ بِنَصيبِهِ وَاحِدٌ مِنهُما إِذَا طَلَبَ وَاحِدٌ مِنهُما القسْمَةَ خِلافَ المنْزلِ .

٣٢٦١٣ – قالَ : ولاَ يُقسمُ الطَّرِيقُ إلا بالإِجْماعِ مِنَ الشُّرَكاءِ عَلى ذَلِكَ .

٣٢٦١٤ – وقَالَ مَالِكٌ في الحمَّامِ بيْنَ الشُّرَكاءِ : إِنَّهُ يُقْسمُ .

٣٢٦١٥ – قَالَ ابْنُ القَاسِمِ : وأرى الحَائِطَ يُقسمُ .

٣٢٦١٦ – قَالَ : وقَالَ مَالِكٌ : لاَ يُقسمُ الحَائِطُ والطَرِيقُ إِلاَّ أَنْ يتَراضَى الورَثَةُ عَلى قسْمَتِهِ .

٣٢٦١٧ – أمَّا الحَمَّامُ ، فَهُوَ عرصةٌ كالبَيْتِ الصَّغيرِ .

٣٢٦١٨ – وقَالَ اللَّيْثُ : مَا كَانَ ينقسمُ ، فَإِنَّهُ يُقسمُ ، ولاَ يُباعُ ، ومَا كانَ مِنْ دَارٍ لاَ تَنقسمُ .

٣٢٦١٩ – والحمَّامُ والحَانوتُ ، فَإِنَّهُ يُباعُ ويُقسمُ الثَّمَنُ ، إلاَّ أَنْ يَشتَرِيَهُ بَعْضُ الشُّرَكاءِ بِأغلى مَا يُوجدُ مِنَ الثَّمنِ ، فيكُونُ أولى .

٣٢٦٢٠ – **قال أبو عمر** : روى ابنُ الماجشُونِ ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الحَمَّامَ لاَ يُقسمُ ؛

---

(١) سقط فى (ك) .

لأنَّهُ يَصِيرُ غَيْرَ حمَّامٍ .

٣٢٦٢١ - ورَوَى ابْنُ القَاسِمِ ، وأَشْهَبُ عَنْهُ أَنَّهُ يُقسمُ .

٣٢٦٢٢ - وَهُوَ قَولُ أَشْهَبَ .

٣٢٦٢٣ - وَقَالَ ابْنُ القاسِمِ : لا يُقسمُ .

٣٢٦٢٤ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِذَا كَانَ وَاحِدٌ مِنْهُم يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قسمْتُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعِ البَاقُونَ بِما يَصِيرُ إِلَيهِم ، - يَعْنِي إِذَا تَرَاضَوا عَلَى ذَلِكَ - فَإِذا لَمْ يَتَراضَوا بالقسْمَةِ لِمَا عَلَيهم فِيها مِنَ الضَّرَرِ ، وَطَلَبَها أَحَدُهُم مِمَّنْ لَهُ فِي القِسْمَةِ نَفعٌ بِنَصِيبِهِ ، أَو لا نفعَ لَهُ ، لَمْ يُجْبَرُوا إِلا أَنْ يَكُونُوا إِذَا اجْتَمَعَ الَّذِينَ لاَ يُرِيدُونَ القسْمةَ فَيَنتَفِعُوا بِنَصِيبِهِم ، فَيَجْمَعُهُم ، فَيبرزَ لِلطَّالِبِ نَصِيبَهُ .

٣٢٦٢٥ - **قال أبو عمر** : احتَجَّ مَنْ رَأَى قسْمَةَ العَقَارِ كُلِّهِ ، وَإِنْ غَيَّرَتْهُ القسْمَةُ عَنِ اسْمِهِ ، وَحَالِهِ إِذَا دَعَا أَحَدُ الشُّرَكاءِ إِلى ذَلِكَ بِظَاهِرِ قَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ : ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَو كَثُرَ نَصِيباً مَفْرُوضاً ﴾ [النساء : ٧] .

٣٢٦٢٦ - وَاحْتَجَّ مَنْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ بِقَولِهِ ﷺ : « لا ضَرَرَ وَلاَ ضِرارَ فِي الإِسْلامِ » ، وَهُوَ لَفظٌ مُحتَملٌ لِلتَّأْوِيلِ ، لاَ حُجَّةَ فِيهِ .

٣٢٦٢٧ - وَأَحسَنُ مِنْهُ وَأَوْضَحُ مَا رَوَاهُ ابْنُ جُرِيجٍ ، عَنْ صديقِ بْنِ مُوسى بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ ، عَنْ مُحمدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ [بْنِ مُحمدٍ][1] بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، قالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لاَ تَعْضِيَةَ عَلى أَهْلِ المَوَارِيثِ ، إِلاَّ مَا حَملَ القسمُ »[2] ، وَالتَعْضِيَةُ .

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سنن الدارقطني (٤ : ٢١٩) ، والبيهقي في سننه الكبرى (١٠ : ١٣٣) ، والمعرفة (١٩٧٨٩) (١٤ : ٢٣٨) . =

٣٢٦٢٨ - التَّفرقةُ فِي اللُّغَةِ ، يَقُولُ لا قسْمَةَ بَيْنَهُم ، إِلاَّ فِيما احْتَمَلَ القسمَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢٦٢٩ - وَأَمَّا اخْتِلافُ أَصْحابِ مَالِكٍ فِي قِسْمَةِ الأَرْضِ : البَعْلُ مِنْهَا ، والسَّقْيُ :

٣٢٦٣٠ - فَذَكَرَ ابْنُ عَبْدُوسٍ[1] عَنْ سحْنُونَ فِي قَولِ مَالِكٍ فِي مَوَطَّئِهِ : لا يُقسمُ النَّضحُ مَعَ البَعْلِ إلا أَنْ يَرضى أَهْلُهُ بِذَلِكَ .

٣٢٦٣١ - قَالَ سَحْنُونُ : فَحملَ هَذِهِ اللَّفْظَةَ على أَنَّ الشُّركاءَ تَراضَوا بِذَلِكَ ، وَأَمَّا بِالسَّهْمِ ، فَلا يَنْبَغِي .

٣٢٦٣٢ - قَالَ ابنُ عَبْدُوسٍ : وَأَصْحابُ مَالِكٍ عَلى ذَلِكَ ، إِلاَّ أَشْهَبَ ، فَإِنَّهُ يَقُولُ : يجْمعُ لِمَنْ أَرادَ الجَمْعَ ، وَيفرقُ لِمَنْ أَرادَ التَّفرقةَ .

٣٢٦٣٣ - وَهُوَ خِلافٌ لِقَولِ مَالِكٍ حَيْثُ يَقُولُ : لاَ يجمعُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فِي القَسْمِ .

٣٢٦٣٤ - قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ : وَمَعْنى قَولِ أَشْهَبَ أَنَّهُ يَجعَلُ سَهْمَ الَّذِينَ أَرادَوا الجَمْعَ بَيْنَهُما وَاحِداً ، وَسَهْمَ الَّذِينَ أَرَادُوا التَّفْرقَةَ بَيْنَهُما خِلافٌ .

٣٢٦٣٥ - وَهُوَ خِلافُ جَمِيعِ أَصْحابِ مَالِكٍ .

٣٢٦٣٦ - وَذَكَرَ سَحْنُونَ ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ ، قَالَ : إِذَا كَانَتِ المَواضعُ مُخْتَلِفَةً ، وَكَانَتْ قَرِيبَةً ، قسمتْ كُلُّ أَرضٍ عَلى حِدتِها ، وَإِنْ كَانَتِ المَوَاضعُ قَرِيباً بَعْضها مِنْ

= وانظر في تفسير معنى كلمة تعضية اللسان (م . عضا) ص (٢٩٩٣) ط . دار المعارف ، وأقوال أصحاب الغريب فيها .

(١) تقدمت ترجمته بحاشية الفقرة (٢١ - ٣١١٤٨) .

بَعْضٍ ، وَكَانَتْ فِي الكرمِ سَوَاء جمع فِي القسمِ .

٣٢٦٣٧ – قَالَ سحنونُ : لاَ نَعْرِفُ هَذا ، وَالَّذِي نَعْرِفُهُ مِنْ قَولِ مَالِكٍ [أَنَّ الأَرْضَ](١) إِذَا تَقَارَبَتْ مَوَاضِعُها ، وَكَانَتْ فِي نَمَطٍ وَاحِدٍ قسمتْ قَسْماً وَاحِداً ، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ [فِي القِيمَةِ .

٣٢٦٣٨ – وَقَالَ أَشْهَبُ : إِذا تَقَارَبَتِ المَوَاضِعُ قسمَتْ قَسْماً وَاحِداً ، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ](٢) فِي الكرمِ .

٣٢٦٣٩ – **قال أبو عمر** : اخْتِلافُهُم فِي قِسْمَةِ الأَمْوَالِ عَلى اخْتِلافِ أَصْنَافِها كَثِيرٌ جِدًا .

٣٢٦٤٠ – وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ مِنْ دِيَوانِ اخْتِلافِهِمْ ، وَالحَمْدُ لِلّهِ كَثِيراً .

* * *

(١) زيادة في (ط) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٢٨) باب القضاء في الضواري والحريسة(*)

٣٢٦٤١ – **قال أبو عمر** : الضَّوارِي مَا ضرَّ فِي الأذى ، وَالحَرِيسةُ المحْروسَةُ مِنَ المَوَاشِي فِي المَرْعى .

(*) **المسألة – ٦٩٠ –** اتفق الفقهاء على أن حارس الحيوان (المالك أو الراكب أو السائس أو غيرهم من كل حائز ذي يد بصفة الرهن أو الإعارة أو الإجارة أو الغصب) هو الضامن لما يتلفه الحيوان إذا كان متسبباً في إحداث الضرر ، بأن تعمد الإتلاف أو الجناية ، بواسطة الحيوان ، أو قصر في حفظه مع بعض الشروط أو القيود أحياناً ، التي أبينها أثناء توضيح آراء الفقهاء فيما يأتي .

فإن لم يكن متسبباً في الضرر ، فإن الفقهاء اختلفوا في شأن تضمين القائم على الحيوان (ملكاً أو حيازة) .

قال المالكية في الراجح عندهم ، والشافعية والحنابلة : إن ما تفسده البهائم من الزروع والشجر ونحوه مضمون على صاحبها ، أو راعيها أو ذي اليد عليها إن لم يوجد صاحبها إذا وقع الضرر ليلاً ، ولا ضمان على ما تتلفه نهاراً إذا لم يكن معها صاحبها . فإن كان معها صاحبها أو ذو اليد الحائز كالغاصب والمستأجر والمستعير راكباً أو سائقاً أو قائداً ، فهو ضامن لما تفسده من النفوس والأموال ؛ لما روي أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه ، فقضى نبي الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها .

وقال الحنفية : إما أن يكون الحيوان عادياً أو خطراً .

أ – فإن كان الحيوان عادياً ، فأتلف شيئاً بنفسه ، مالاً أو إنساناً ، فلا ضمان على حارسه ، سواء أوقع الاعتداء ليلاً أم نهاراً ، لقوله ﷺ : « العجماء جرحها جبار » أي المنفلتة هدر لا يغرم .

فإن كان صاحبها معها سائقاً أو راكباً أو قائداً ، أو أرسلها وأتلفت شيئاً فور إرسالها ونحوها ، ضمن ما تتلفه .

وإذا أتلف الحيوان شيئاً في المراعي المباحة أو أثناء السير في الطرقات العامة أو أثناء ربطها في الأسواق العامة أو المرابض المخصصة لربطها ، لا ضمان فيه ، كما لو كان لقرية خيول أو بقر في المرعى ، فعض أحدها أو ضرب برجله ، فأتلف حيوان شخص آخر ، لا ضمان على صاحبه .

ب – وأما إن كان الحيوان خطراً : كالثور والكلب العقور ، فيضمن صاحبه أو حارسه ما يتلفه إذا لم يحفظه ، إذا تقدم إليه الناس الراغبون بدفع الأذى عنهم ، وأشهدوا على تقدمهم ، =

١٤٣٤ – مَالِكٌ ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ حَرَامِ بْنِ سَعْدِ بْنِ مُحَيِّصَةَ ؛ أَنَّ نَاقَةَ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ، ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا[1] .

٣٢٦٤٢ – **قال أبو عمر** : ضَامِنٌ هُنا بِمَعْنَى مَضْمُونٍ .

= طالبين منع أذى هذا الحيوان كما في الحائط المائل . فإن لم يفعل ، كان مقصراً في حفظه ، فيضمن بالتسبب لتعديه .

هذا ما لم يكن الكلب كلب حراسة بستان أو حقل عنب مثلا ، فلا يضمن صاحبه شيئاً مطلقاً ، سواء تقدم إليه الناس وأشهدوا على تقدمهم أم لا .

وأما إن قام صاحب الحيوان أو حارسه بإرسال طير ، أو دابة ، أو إشلاء كلب ، أو إغراء حيوان ، فأصاب إنساناً . فيضمن ما يتلفه بكل حال أي مطلقاً ، سواء أكان سائقاً له أم قائداً أم لا ، بسبب التعدي . وهذا قول أبي يوسف ، وبه أخذ عامة مشايخ الحنفية ، وعليه الفتوى .

وانظر في هذه المسألة : رد المحتار على الدر المختار (٥ : ٤٣٠) ، البدائع (٧ : ٢٧٣) ، تكملة الفتح (٨ : ٣٥٠) ، المنتقى على الموطأ (٦ : ٦١) ، الشرح الكبير (٤ : ٣٥٨) ، بداية المجتهد (٢ : ٤٠٨ ، ٣١٧) ، القوانين الفقهية ص (٣٣٣) ، الفروق للقرافي (٤ : ١٨٦) ، فتح العزيز شرح الوجيز (١١ / ٢٤٦) ، مغني المحتاج (٤ : ٢٠٤) ، وما بعدها ، تحفة الطلاب للأنصاري (٢ : ٤٤٦) ، نهاية المحتاج (٤ : ١١٣) ، المهذب (٢ : ٢٢٦) ، المغني (٥ : ٢٨٣) ، (٨ : ٣٣٦) ، أعلام الموقعين (٢ : ٢٥) ، كشاف القناع (٤ : ١٣٩) ، الطرق الحكمية ص (٢٨٣) ، الإفصاح لابن هبيرة ص (٣٧٥) ، الميزان (٢ : ١٧٤) ، الفقه الإسلامي وأدلته (٦ : ٣٧٠) .

(١) الموطأ ٧٤٧ – ٧٤٨ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٠٤) **والتمهيد** (١١ : ٨١) .

وأخرجه أبو داود في البيوع ، ح (٣٥٦٩ – ٣٥٧٠) ، باب « المواشي تفسد زرع قوم » (٣ : ٢٩٨) ، والنسائي في العارية (في الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٢ : ١٤) . وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٣٣٢) ، وبعده بدون رقم ، باب « الحكم فيما أفسدت المواشي » (٢ : ٧٨١) . والدارقطني في سننه (٣ : ١٥٤ – ١٥٦)

(الضواري) : البهائم ، **(الحريسة)** : ما في المراعي من المواشي .

٣٢٦٤٣ – هكَذا رَوى هَذا الحَديثَ جماعَةُ رُواةِ « المُوطَّإِ » فيما رَووا مُرْسلاً .

٣٢٦٤٤ – واختَلَفَ أصْحابُ ابْنِ شِهابٍ عَنِ ابْنِ شِهابٍ فيهِ ، فَرواهُ الأوْزَاعِي ، وَصَالِحُ بْنُ كيسانَ ، ومُحمدُ بْنُ إسْحاقَ ، كَما رَواهُ مَالِكٌ .

٣٢٦٤٥ – وكَذلِكَ رَواهُ ابنُ عُيينَةَ ، إلا أنَّهُ جعلَ مَعَ حَرامِ بْنِ سَعْدِ بْنِ محيصةَ ، سَعِيدَ بْنَ المُسَيَّبِ جَميعاً فِي هَذا الحَديثِ .

٣٢٦٤٦ – ورَواهُ معمرٌ ، عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ حرامِ بْنِ محيصةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، ولَمْ يَقُلْ فِيهِ عَنْ أَبِيهِ غيرُ معمرٍ .

٣٢٦٤٧ – قَالَ مُحمدُ بْنُ يَحْيى : لَمْ يتابعْ عَلَيهِ معمرٌ .

٣٢٦٤٨ – وَقالَ أبو داوُدَ : لَمْ يتابعْ عليهِ عَبْد الرَّزَّاقِ ، عَنْ معمرٍ .

٣٢٦٤٩ – **قال أبو عمر** : وَقالَ فِيهِ ابْنُ أبي ذِئْبٍ ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ أنَّهُ بَلَغهُ أنَّ نَاقَةً للبَراءِ بْنِ عَازِبٍ دَخلَتْ حَائِطَ قومٍ ، فَأفْسَدَتْ فيهِ ، وَذَكَرَ مِثْلَ حَديثِ مَالِكٍ سَواءً إلاَّ أنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ حَرامَ بْنَ سَعْدِ بن مُحيصة ، وَلاَ غيرهُ .

٣٢٦٥٠ – وَرَواهُ ابْنُ جُريجٍ ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ ، قالَ : حدَّثني أبُو أُمامَةَ بْنِ سَهْلِ [ابْنِ حنيفٍ : أنَّ نَاقَةً دَخلَتْ فِي حَائِطِ قومٍ ، فَأفْسَدَتْ فِيهِ ، فَذَهَبَ أَهْلُ الحَائِطِ إِلى النَّبيِّ ﷺ ، فَقالَ النَّبيُّ ﷺ : « عَلى أَهْلِ الأمْوَالِ حِفْظُ أمْوالِهِمْ نهاراً » ، فَجعلَ الحَديثَ لابْنِ شِهابٍ عَنْ أبي أُمامَةَ بْنِ سَهْلٍ][1] ، وَلَمْ يَذْكُرْ أنَّ النَّاقَةَ كَانَتْ لِلْبَراءِ .

٣٢٦٥١ – وَجَائِزٌ أنْ يكُونَ الحَديثُ عِنْدَ ابْنِ شِهابٍ عَنِ ابْنِ مُحيصَةَ ، وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسيَّبِ ، وعَنْ أبي أُمامَةَ ، وَاللَّهُ أعْلَمُ ، [فحدثَ بِهِ مَنْ شَاءَ مِنْهُم عَلى مَا

---

(١) ما مضى بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

حَضَرَهُ ، وَكُلُّهم ثِقاتٌ أَثْبَاتٌ][(١)] .

٣٢٦٥٢ - وَعَلَى أَيِّ حَالٍ كَانَ فَالحَدِيثُ مِنْ مَرَاسِيلِ الثِّقَاتِ ؛ لأَنَّ جَمِيعَهُم ثِقَةٌ ، وَهُوَ حَدِيثٌ تَلَقَّاهُ أَهْلُ الحِجَازِ ، وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ العِرَاقِ بِالقَبُولِ ، والعَمَلِ .

٣٢٦٥٣ - وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا نَصَّهُ اللَّهُ - عزَّ وجلَّ - فِي كِتَابِهِ عَنْ ﴿ دَاوُدَ وَسُلَيمانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الحَرْثِ ﴾ [الأنبياء : ٧٨] ، وَأَمَرَ نَبِيَّهُ ﷺ أَنْ يَقْتَدِيَ بِهِمَا فِيمَنْ أَمَرَهُ بِالاقْتِدَاءِ بِهِمْ مِنْ أَنْبِيائِهِ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ اسْمُهُ : ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِه ﴾ [الأنعام : ٩٠] .

٣٢٦٥٤ - وَقَالَ تَبَارَكَ وَتَعَالى : ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ القَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ، فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلا آتَيْنَا حُكْماً وَعِلْماً ﴾ [الأنبياء : ٧٨ ، ٧٩] .

٣٢٦٥٥ - وَلاَ خِلاَفَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ بِتَأْوِيلِ القُرآنِ وَلُغَةِ أَهْلِ العَرَبِ أَنَّ النَّفْشَ لاَ يَكُونُ إِلا بِاللَّيْلِ .

٣٢٦٥٦ - وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنْ مَعمرٍ ، عَنِ الزُّهْرِيِّ ، قَالَ : النَّفْشُ بِاللَّيْل ، وَالهَمَلُ بِالنَّهارِ[(٢)] .

٣٢٦٥٧ - قَالَ : وَأَخْبَرَنا مَعمرٌ ، عَنْ قَتادَةَ ، عَنِ الشعبيِّ أَنَّ شَاةً وَقَعَتْ فِي غزلِ حَائِكٍ ، وَاخْتَصَمُوا إِلى شُرَيحٍ ، فَقَالَ الشَّعْبِيُّ : انْظُرُوا فَإِنَّهُ سَيَسأَلُهم : أَلَيلاً وَقَعَتْ فِيهِ أَمْ نَهاراً ، فَفَعَلَ ، ثُمَّ قَالَ : إِنْ كَانَ بِاللَّيْلِ ضَمنَ ، وَإِنْ كَانَ بِالنَّهارِ لَمْ يَضمنْ ، ثُمَّ

---

(١) في (ي ، س) بدلاً من هذه العبارة : وجائز أن يكون عن واحد منهما .

(٢) انظر اللسان (م . نفش) ص (٤٥٠٤) ط . دار المعارف ، والأثر في مصنف عبد الرزاق (١٠ : ٨٠) ، رقم (١٨٤٣٢) .

قَرأ شُريحٌ : ﴿ إِذْ نفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ القومِ ﴾ [الأنبياء : ٧٨]

وقَالَ : النَّفْشُ بِاللَّيلِ ، وَالهَمَلُ بِالنَّهارِ(١) .

٣٢٦٥٨ – قَالَ : وقَالَ معمرٌ ، وَابْنُ جُريجٍ : بَلَغنا أنَّ حَرْثَهُمْ كَانَ عنباً(٢) .

٣٢٦٥٩ – وَاختَلَفَ الفُقهاءُ فِي هَذا المعْنى على أَرْبعَةِ أَقْوالٍ :

٣٢٦٦٠ – (أَحَدها) : كُلُّ دابَّةٍ مُرْسَلَةٍ فصَاحِبُها ضَامِنٌ .

٣٢٦٦١ – (والثَّاني) : لا ضَمانَ فِيمَا أَصابَ المُنْفَلِتَة مِنَ الدَّوابِّ وَالمَوَاشي :

٣٢٦٦٢ – (والثَّالث) : مَا أَصَابَتْ بِاللَّيْلِ فَهُوَ مَضْمُونٌ ، ومَا أَصابَتْ بِالنَّهارِ فَغيرُ مَضْمُونٍ .

٣٢٦٦٣ – (والرَّابع) : الفَرقُ بَيْنَ الأمْوَالِ وَالدِّمَاءِ :

٣٢٦٦٤ – فَأَمَّا أَقْوالُ الفُقهاءِ فِي هَذا البَابِ ، فَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ ، قالَ : قَالَ مَالِكٌ : مَا أَفْسَدَتِ المَوَاشِي وَالدَّوابُّ مِنَ الزَّرْعِ وَالحَوائِطِ بِاللَّيْلِ ، فَضَمانٌ ذَلِكَ عَلى أَهْلِها ، ومَا كَانَ بِالنَّهارِ ، فَلا شَيْءَ عَلى أَصْحابِ الدَّوَابِّ ، ويُقَومُ الزَّرْعُ عَلى الَّذِي أَفْسدَتْ بِاللَّيْلِ عَلى الرَّجاءِ وَالخَوْفِ .

٣٢٦٦٥ –قَالَ : وَالحَوائِطُ الَّتِي [تحرث والتي](٣) لاَ تُحرثُ سَواءٌ ، والمُخَطَّرُ عَلَيهِ ، وَغَيرُ المُخطَّرِ سَواءٌ ، يغْرمُ أَهْلُها مَا أَصابَتْ بِاللَّيْلِ بَالِغاً مَا بَلَغَتْ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ قِيمتَها .

---

(١) مصنف عبد الرزاق (١٠ : ٨٠) .

(٢) المصنف (١٠ : ٨٠) .

(٣) زيادة يقتضيها السياق .

٣٢٦٦٦ - قَالَ مَالِكٌ : وَإِذَا انفَلَتَتْ دَابَّةٌ بِاللَّيْلِ ، فَوطئَتْ عَلى رَجُلٍ قَائِمٍ لَمْ يغرم صَاحِبها شَيْئاً ، وَإِنَّما هَذا فِي الحَوائِطِ وَالزَّرْعِ وَالحَرْثِ .

٣٢٦٦٧ - قَالَ مَالِكٌ : وَإِذَا تقدمَ إِلى صَاحِبِ الكَلْبِ الضَّارِي ، أَو البَعيرِ ، أَو الدَّابَّةِ بِما أَفسدَتْ لَيْلاً [أَو نَهاراً][1] ، فَعَلَيهم غُرْمُهُ .

٣٢٦٦٨ - **قال أبو عمر** : لاَ خِلاَفَ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَصْحابِهِ [فِي ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ ابنُ عَبْدِ الحَكَمِ فِي كِتَابِهِ .

٣٢٦٦٨م - وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ وأَصْحَابه][2] إِلاَّ فِيمَا ذَكرَ مِنَ التقدمِ إِلى صَاحِبِ الدَّابَّةِ الضَّارِيَةَ ، أَو الكَلْبِ الضَّارِي ، وَالبَعيرِ الصَّؤولِ فَإِنَّ التقدمَ فِي ذَلِكَ سَواءٌ عِنْدَهُ ، وَإِنَّما يضْمنُ عِنْدَهُم فِي الدَّوَابِّ وَالمَوَاشِي مَا أَفْسدَتْ فِي الحَائِطِ والزرعِ والأَعْنَابِ [والثِّمَار][3] باللَّيْلِ دُونَ النَّهارِ .

٣٢٦٦٩ - وَسَتَأتِي مَسْأَلَةُ الجَمَلِ الصَّؤولِ ، وَالكَلْبِ العَقُورِ فِي مَوْضِعِها إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ .

٣٢٦٧٠ - وَإِنَّما وَجَبَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - الضَّمانُ عَلى أَرْبابِ المَوَاشِي فِيمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ ، وَشِبْهِهِ بِاللَّيْلِ دُونَ النَّهارِ ؛ لأَنَّ اللَّيْلَ وَقتُ رُجُوعِ المَاشِيَةِ إِلى مَوَاضِعِ مَبِيتِها مِنْ دُورِ أَصْحَابِها ، وَرِحَالِهِمْ لِيَحْفَظُوها ، وَيَمْسكُوها عَنِ الخُرُوجِ إِلى حرثِ النَّاسِ وَحَوَائِطِهِمْ ؛ لأَنَّها لا يُمْكِنُ أَرْبابُها حِفْظها بِاللَّيْلِ ؛ لأَنَّهُ وَقْتُ سكُونٍ وَرَاحَةٍ لَهُم مَعَ عِلْمِهِمْ أَنَّ المَوَاشِي قَدْ أَوَاها أَرْبَابُها إِلى أَمَاكِنِ قَرَارِها وَمَبِيتها ، وَأَمَّا

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) زيادة في (ي ، س) .

(٣) زيادة في (ط) .

النَّهارُ فَيُمْكِنُ فِيهِ حِفْظُ الحَوَائِطِ وَحرزُها ، وَتَعاهدُها ، وَدفْعُ المواشِي عَنْها .

٣٢٦٧١ - ولا غِنى لأَصْحابِ المَوَاشِي عَنْ مَشْيِها لِتَرْعى [فَهُوَ عيشُها][١] ، فَأَلْزَمَ أَهْلَ الحَوائِطِ حِفْظَها نَهاراً لِذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، وأَلْزَمَ أَرْبابَ المَاشِيَةِ ضَمانَ مَا أَفْسَدَتْ لَيْلاً لِتَفْرِيطِهِمْ فِي ضَبْطِها وَحَبْسِها عَنِ الانْتِشَارِ بِاللَّيْلِ .

٣٢٦٧٢ - وَلَمَّا كَانَ على أَرْبَابِ الحَوائِطِ حِفْظُ حَوائِطِهِمْ فِي النَّارِ فَلَمْ يَفْعَلُوا كَانَتِ المُصِيبَةُ مِنْهُم لِتَفْرِيطِهِم أيضاً وَتَضْيِيعِهِم مَا كانَ يَلْزَمُهم مِنْ حِرَاسَةِ أَمْوَالِهِمْ .

٣٢٦٧٣ - وَهَذا عِنْدِي - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - إِذَا أُطْلِقَتِ الدَّوَابُّ وَالمَوَاشِي دُونَ رَاعٍ يرْعَاهَا .

٣٢٦٧٤ - وَأَمَّا إذا كَانَتْ تَرْعى وَمَعَها صَاحِبُها ، فَلَمْ يَمْنَعْها [مِنْ زَرْعِ غَيْرِهِ ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلى مَنْعِها][٢] ، فَهُوَ المُسلَّطُ لَها ، وَهُوَ - حِينَئِذٍ - كَالسَّائِقِ ، وَالرَّاكِبِ ، وَالقَائِدِ .

٣٢٦٧٥ - وَسَيَأْتِي ذِكْرُ اخْتِلافِ النَّاسِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ قولِهِ ﷺ : « العَجْماءُ جرْحُها جُبارٌ »[٣] - إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ .

٣٢٦٧٦ - وَقالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ : يَضْمنُ رَبُّ المَاشِيَةِ مَا أَفْسَدَتْ بِاللَّيْلِ والنَّهَارِ ، وَلاَ يضْمنُ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ المَاشِيَةِ .

٣٢٦٧٧ - **قال أبو عمر** : لَمْ يُفَرِّقِ اللَّيْثُ بَيْنَ اللَّيْلِ وَالنَّهارِ فِي هَذا المعْنى ، وَلَمْ يَتَجاوَزْ بِالضَّمانِ قِيمَةَ المَاشِيَةِ ، وَأَظُنُّهُ قَاسَهُ عَلى العَبْدِ الجَانِي أَلا يَفْتَكُّهُ سَيِّدُهُ بِأَكْثَرَ مِنْ

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سيأتي الحديث في باب جامع العقل من كتاب العقول إن شاء الله تعالى .

قيمته ، وأنَّ جنايته في الليل والنهار سواءٌ ، فخالف الحديث في « العجماء جرحها جبارٌ » وخالف حديث ناقة البراء ، وقد تقدَّمه إلى ذلك طائفةٌ من العلماء منهم عطاءٌ .

٣٢٦٧٨ - قال ابن جريج : قلت لعطاء : الحرث تصيبه الماشية ليلاً أو نهاراً ؟ قال : يضمن صاحبها ويغرم .

قلت : كان عليه حظرٌ أو لم يكن ؟ قال : نعم ، قلت : ما يغرم ؟ قال : يغرم قيمة ما أكل حماره ، ودابته ، وما شيته .

٣٢٦٧٩ - وقال معمرٌ ، عن ابن شبرمة : يقوَّم الزرع على حاله التي أصيب عليها دراهم .

٣٢٦٨٠ - وذكر أبو بكر ، قال : حدَّثني حفصٌ ، عن حجاج ، عن القاسم بن نافع ، قال : قال عمر : ما أصاب المنفلت ، فلا ضمان على صاحبه ، ومن أصاب المنفلت ضمن[1] .

٣٢٦٨١ - وقال : حدثني عبد السلام ، عن عمرو بن الحسن ، عن ابن سيرين - في الدابة المرسلة تصيب ما لا ليس عليه ضمانٌ ؟ - قال : وحدثني أبو خالد ، عن الأشعث ، عن الشعبي ، قال : كلُّ مرسلة ، فصاحبها ضامنٌ .

٣٢٦٨٢ - وروي عن عمر بن الخطاب ، وعمر بن عبد العزيز تضمين ربِّ الماشية ليلاً ونهاراً من طرقٍ لا تصح .

٣٢٦٨٣ - وروي عنهما في البعير الضاري ؛ الجمل ، والحمار ، والبقرة الضارية أنَّه يعهد إلى ربها ثلاثاً ثم يعقرن ، وكانا يأمران كلَّ من له حائطٌ أن يحظره

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٩ : ٢٧٤) .

حظاراً مِنَ النَّصارى يكُونُ إلى نحرِ البَعيرِ ، فَإِنْ تسورَ ردَّ إلى أَهْلِهِ ثَلاثَ مرَّاتٍ ، ثُمَّ عقرَ .

٣٢٦٨٤ - **قال أبو عمر** : الصَّوابُ فِي هَذا البَابِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يَضْمَنَ ربُّ المَاشِيَةِ ما أَفْسَدَتْ لَيْلاً بَالِغاً مَا بلَغتِ الجنَايَةُ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَدِيثِ نَاقَةِ البرَاءِ الضَّمانُ مُطْلَقاً غيرَ مُقَيَّدٍ بِقِيمَةِ النَّاقَةِ وَغيرِها ، وأَنَّ حُكْمَ اللَّيْلِ فِي ذَلِكَ بِخِلاَفِ حُكْمِ النَّهارِ .

٣٢٦٨٥ - وَكَانَ يَحْيى بْنُ يَحْيى يفْتِي بِقَولِ اللَّيْثِ فِي ذَلِكَ ، يحْملُ النَّاسَ عَلَيهِ ، وقَضى بِهِ أَكْثَرُ القُضاةِ عِنْدَنَا بَعْدَهُ ، وَاعْتَلَّ عِنْدَهُم بِأَنَّ مَالِكاً يذهبُ إلى ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ الضَّارِيَةِ المُعْتادَةِ الانْطِلاَقِ عَلى زَرْعِ النَّاسِ .

٣٢٦٨٦ - وَاخْتَلَفَ قَولُ الثَّوريِّ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ :

٣٢٦٨٧ - فَروى ابنُ المُبارَكِ عَنْهُ أَنَّهُ لا ضَمانَ عَلى أَصْحابِ المَاشِيَةِ بِاللَّيْلِ ، وَلا بِالنَّهارِ .

٣٢٦٨٨ - وَهُوَ قَولُ أَبي حَنِيفَةَ ، وأَصْحابِهِ ، قَالُوا : لا ضَمَانَ عَلى أَرْبَابِ البَهائِمِ فِيمَا تُفْسدُهُ ، أَو تَجْنِي عَلَيهِ ، لا فِي اللَّيْلِ ، وَلا فِي النَّهارِ ، إِلا أَنْ يَكُونَ رَاكِباً ، أَو سَائِقاً ، أَو قَائِداً .

٣٢٦٨٩ - وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ قَولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ « العَجماءُ جرحُها جُبارٌ »(١) ، وَقَالُوا : هَذا حُكْمٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِخلاَفِ مَا شرعَ لِدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ .

٣٢٦٩٠ - قَالَ اللَّهُ عزَّ وجلَّ : ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهاجاً ﴾ [المائدة : ٤٨] .

---

(١) تقدم وانظر فهرس أطراف الأحاديث النبوية الشريفة .

٣٢٦٩١ - وَرَوى الوَاقِدِيُّ ، عَنِ الثَّورِيِّ فِي شَاةٍ وَقَعَتْ فِي غزلِ حَائِكٍ بِالنَّهارِ أَنَّهُ يضْمنُ .

٣٢٦٩٢ - فَقَالَ الطَّحاوِيُّ : تَصْحِيحُ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ أَنَّهُ إِذَا أَرْسَلَها مَحْفُوظَةً لَمْ يضْمنْ بِاللَّيْلِ ، وَلا بِالنَّهارِ ، وَإِذا أَرْسَلَها سَائِبَةً ضَمنَ .

٣٢٦٩٣ - **قال أبو عمر** : إِذَا كَانَ عَلى أَهْلِ الحَوَائِطِ حِفْظُها بِالنَّهارِ فَقَدْ فعلَ أَرْبابُ المَوَاشِي إِذَا سَيَّبُوها مَا أُبيحَ لَهُم ، فَلاَ ضَمانَ عَلَيهم ، عَلى ظَاهِرِ حَديثِ نَاقَةِ البَرَاءِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

* * *

١٤٣٥ - مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ حَاطِبٍ ؛ أَنَّ رَقِيقاً لِحَاطِبٍ سَرَقُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ ، فَانْتَحَرُوهَا ، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَأَمَرَ عُمَرُ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ : أَرَاكَ تُجِيعُهُمْ . ثُمَّ قَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ ،لأُغَرِّمَنَّكَ غُرْماً يَشُقُّ عَلَيْكَ ، ثُمَّ قَالَ لِلْمُزَنِي : كَمْ ثَمَنُ نَاقَتِكَ ؟ فَقَالَ الْمُزَنِّي : قَدْ كُنْتُ وَاللَّهِ أَمْنَعُهَا مِنْ أَرْبَعِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَقَالَ عُمَرُ : أَعْطِهِ ثَمَانَمِائَةِ دِرْهَمٍ .

قَالَ يَحْيَى : سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ : وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الْعَمَلُ عِنْدَنَا فِي تَضْعِيفِ الْقِيمَةِ ، وَلَكِنْ مَضَى أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا ، عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْرَمُ الرَّجُلُ قِيمَةَ الْبَعِيرِ أَوِ الدَّابَّةِ ، يَوْمَ يَأْخُذُهَا[1] .

---

(١) الموطأ : ٧٤٨ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٠٥) ، ومصنف عبد الرزاق (١٠ : ٢٣٩) ، معرفة السنن (١٧٢٤٢) .

٣٢٦٩٤ - **قال أبو عمر** : أَدْخَلَ مَالكٌ هَـذَا الحَدِيثَ فِي كِتَـابِهِ « المُوَطَّأ » ، وَهُوَ حَـدِيثٌ لَمْ يُتَـوَطَأْ عَلَيـهِ ، وَلا قَـالَ بِهِ أَحَـدٌ مِنَ الفُـقَـهَـاءِ ، وَلا رأى ، وَالعَـمَلُ بِهِ إِنَّمـا تَركُوهُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - لِظَاهِرِ القُرآنِ والسُّنَّةِ المُجْتَمعِ عَلَيها .

٣٢٦٩٥ - فَأَمَّا القُرآنُ فَقَولُ اللَّهِ تعـالى : ﴿ فَمَنِ اعْـتَدى عَلَيْكُم فَـاعْتَدُوا عَـلَيهِ بِمِثْلِ مَا اعتَدى عَلَيْكُم ﴾ [البقرة : ١٩٤] وَلَمْ يَقُلْ : بِمِثْلَي مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ .

٣٢٦٩٦ - وَكَذَلِكَ قَـولُهُ تَعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْـتُمْ فَعَاقِبُـوا بِمِثْلِ مَا عُوقِـبْتُمْ بِهِ ﴾ [النحل : ١٢٦]

٣٢٦٩٧ - وأَمَّا السُّنَّةُ ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى عَلى الَّذِي أَعْتَقَ شِـقْصاً لَهُ فِي عَبْـدٍ بِقِيـمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ بِالعَـدْلِ ؛ لما أَدْخلَ عَلَيهِ مِنَ النَّقصِ ، وَضَـمِنَ الصَّحـفَةَ الَّتِي كسَرَها بَعْضُ أَهْلِهِ بِصحفةٍ مِثلِها . وَقالَ : « صَحفَةٌ مِثْلُ صَحْفَةٍ » .

٣٢٦٩٨ - وأَجْمَعَ العُلماءُ عَلى أَنَّهُ لاَ يغرمُ مَنِ اسْتَهلكَ شَيْئاً إِلا مِثْلَهُ أَو قِيمَتَهُ .

٣٢٦٩٩ - [وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لاَ يُعْطى أَحَدٌ بِدَعْواهُ][1] ، وَأَنَّ البَيِّنَةَ عَلَيهِ فِيمَا يَدَّعِيهِ إِذَا لَمْ يقرَّ لَهُ بِهِ المُدَّعى عَلَيهِ .

٣٢٧٠٠ - وَقَـالَ ﷺ : « لَو أُعْطِيَ قَـومٌ بِدَعْـوَاهُم لا دَّعى قَـومٌ دِمَـاءَ قَـومٍ ، وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ البَيِّنَةَ عَلى المُدَّعِي »[2] .

٣٢٧٠١ - وَفِي هَذا الحَدِيثِ تَصْدِيقُ المزنيّ فِيما ذَكَرَهُ مِنْ ثَمَنِ نَاقَتِهِ .

٣٢٧٠٢ - وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ مَا لَو صَحَّ كَانَ أَصْلاً لَفظ عُمَرَ فِي تَضْعِيفِ

---

(١) سقط في (**ط**) .

(٢) تقدم تخريجه في أوائل هذا الكتاب (الأقضية) .

القِيمَةِ فِي نَاقَةِ المزنيِّ ، وَهُوَ حَدِيثُ عَمْرِو بنِ شُعيبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي حَرِيسَةِ الجَبَلِ : « غَرامَةُ مِثْلَيْهَا وَجلداتُ نكال ، ولاَ قَطْعَ »[1] .

٣٢٧٠٣ - وَهَذا عِنْدَ العُلماءِ الَّذِينَ يُصَحِّحُونَ هَذا الحَدِيثَ مَنْسُوخٌ بِمَا يَتْلُونَ مِنْ كِتابِ اللَّهِ تَعالى ، وَسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ المُجْتَمَعِ عَلَيها .

٣٢٧٠٤ - وَقَدْ كَانَ عُثمان يزيدُ فِي الشَّهْرِ الحَرامِ ثُلثَ الجِنَايَةِ فِي المَالِ ، وَتَابعَهُ ابْنُ شِهابٍ وَغَيرُهُ .

٣٢٧٠٥ - ذَكرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنْ مَعمرٍ ، وَابْنُ جُرَيجٍ ، عَنِ الزُّهرِيِّ ، عَنْ أَبانَ ابْنِ عثمانَ أَنَّ عُثْمانَ أَغرمَ فِي نَاقةِ محرم أَهْلَكَها رَجُلٌ ، فَأَغْرمَهُ الثُّلثَ زِيادَةً على ثَمَنِها[2] .

٣٢٧٠٦ - قَالَ : وَأَخبَرنا مَعمرٌ ، عَنِ الزُّهرِيِّ ، قَالَ : مَا أصيبتَ مِنْ مَواشِي النَّاسِ ، وَأَمْوَالِهِم فِي الشَّهْرِ الحَرَامِ ، فَإِنَّهُ يُزَادُ فِيهِ الثُّلثُ[3] .

٣٢٧٠٧ - وَرَوى ابنُ وَهْبٍ هَذا الحَدِيثَ ، عَنْ أَبِي الزِّنادِ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عُرْوَةَ ابْنِ الزُّبيْرِ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ حَاطبٍ ، عَنْ أَبيهِ ، وَسَاقَهُ بِنَحْوِ سِيَاقِةِ مَالكٍ فِي مَعْنى الغُرْمِ ، وتَصْدِيقِ المزنيِّ فِي ثَمَنِ نَاقَتِهِ ، وَتَضْعِيفِ القِيمَةِ لَهُ .

٣٢٧٠٨ - وَقَدْ جَوَّدَهُ مَنْ قَالَ فِيهِ عَنْ أَبِيهِ فَإِنَّ يَحيَى بْنَ عَبْدِ الرَّحمنِ لَمْ يَلْقَ عُمَرَ ، وَلاَ سَمعَ مِنْهُ ، وَأَبوهُ عَبْدُ الرَّحْمنِ سَمعَ مِنْ عُمَرَ ، وَرَوى عَنْهُ إِلا أَنَّهُ قَالَ فِيهِ :

(١) مسند أحمد (٢ : ١٨٠ ، ٢٠٣) .

(٢) مصنف عبد الرزاق (٩ : ٣٠٢) ، الأثر (١٧٢٩٨) .

(٣) المصنف (٩ : ٣٠٢) .

إِنَّ هَذِهِ القِصَّةَ كَانَتْ[(١)] [بَعْدَ مَوْتِ حَاطِبٍ .

٣٢٧٠٩ - وَهَذَا غَلَطٌ عِنْدَ أَهْلِ السِّيرِ ؛ لأَنَّ حَاطِباً مَاتَ فِي سَنَةِ ثَلاثِينَ فِي خِلافَةِ عُثْمانَ[(٢)] .

٣٢٧١٠ - وَالحَدِيثُ ذَكَرَهُ ابْنُ وَهْبٍ فِي مُوطَّئِهِ قَالَ : وَأَخْبَرَنِي عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ أَبِي الزِّنادِ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عُرْوَةَ بنِ الزُّبَيْرِ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ حَاطِبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : تُوفِّيَ حَاطِبٌ ، وَتَرَكَ عَبِيداً يَعْمَلُونَ [فِي مَالِهِ][(٣)] ، فَأَرْسَلَ عُمَرُ إِلَيهِ ذَاتَ يَومٍ ظُهْراً ، وَهُمْ عِنْدَهُ ، فَقالَ : هَؤُلاءِ أَعْبُدُكَ سَرَقُوا ، وَوَجَبَ عَلَيْهِم مَا وَجَبَ عَلى السَّارِقِ ، انْتَحرُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ ، وَاعْتَرَفُوا بِها ، وَمَعَهُم المزنِيُّ ، فَأَمَرَ كَثِير بن الصَّلْتِ أَنْ يقطعَ أَيْدِيَهُمْ ، ثُمَّ أَرْسَلَ ، وَرَأى مَا يَأْتِي بِهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ بِهِ كَثِيرُ بْنُ الصَّلْتِ ، فَجاءَ بِهِمْ ، فَقالَ لِعَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ حَاطِبٍ : أَمَا وَاللَّهِ لَولاَ أَظُنُّ أَنَّكُم تَسْتَعمِلُونَهُم ، وَتَبِيعُونَهُم حَتَّى لَو أَنَّ أَحَدَكُم وَجَدَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيهِ ، فَأَكَلَهُ حَلَّ لَهُ لَقَطَعْتُ أَيدِيَهُم ، وَلَكِنْ - وَاللَّهِ - إِذْ تَرَكْتُهم لأغرمَنَّكَ غرماً يُوجِعُكَ ، كَمْ ثَمنُها ؟ للمزنِيُّ قَالَ المزنِيُّ : كُنْتُ - واللَّهِ - أَمنعُها مِنْ أَرْبَعِ مِئَةِ دِرْهَمٍ ، قالَ : فَأَعْطِهِ ثَمانِي مِئَةَ دِرْهَمٍ .

---

(١) بداية خرم في نسخة (ي) ، يستمر حتى الفقرة (٣٢٧٣٣) .

(٢) انظر ترجمته في تهذيب التهذيب (٢ : ١٦٨) ، وترجمة ابنه عبد الرحمن بن حاطب في التهذيب (٦ : ١٥٨) وابنه يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب (١١ : ٢٤٩) .

وصرح الحافظ ابن حجر في التهذيب (٦ : ١٥٨) بسماع عبد الرحمن من عمر ، وذكر في ترجمته أنه ولد في زمن النبي ﷺ ، وقال خليفة وغير واحد : مات - يعني عبد الرحمن بن حاطب - سنة ٦٨ ، زاد بعضهم : بالمدينة .

(٣) ما بين الحاصرتين سقط في (س) .

٣٢٧١١ - قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : قَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ الأَمْرُ عِنْدَنَا عَلى هَذَا ، وَلَكِنْ لَهُ قِيمَتُهَا .

٣٢٧١٢ - قالَ ابْنُ وَهْبٍ : وَحَدَّثَني مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ ، وَسَعِيدُ ابْنُ عَبْدِ الرَّحمنِ الجمحيُّ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ يَحيَى بْنِ عَبْدِ الرحمنِ ابْنِ حَاطِبٍ ، عَنْ أَبِيهِ مِثْلَهُ بِمَعْنَاهُ .

٣٢٧١٣ - **قال أبو عمر** : هكَذَا قَالَ ابْنُ وَهْبٍ فِي هَذَا الحَدِيثِ أَيضاً عَنْ مَالِكٍ ، وَمَنْ ذَكَرَ مَعَهُ عَنْ هِشامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ يَحيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ حَاطِبٍ ، عَنْ أَبِيهِ .

٣٢٧١٤ - ولَيْسَ فِي « المُوَطَّأ » « عَنْ أَبِيهِ » عِنْدَ جُمْهُورِ الرُّوَاةِ لَهُ عَنْ مَالِكٍ ، وأَظُنُّ ابْنَ وَهْبٍ وَهِمَ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ لِرِوَايَةِ اللَّيْثِ وَغيرِهِ لَهُ ، كَذَلِكَ إِذْ جَمَعَهُم فِي حَدِيثٍ وَاحِدٍ ، وَكَانَ عِنْدَهُ أَيضاً فِيهِ عَنِ ابْنِ أَبي الزِّنَادِ بِإِسْنَادِهِ كَذَلِكَ عَنْ أَبِيهِ ، فأَجْرَى مَالِكاً مجراهُم فِي ذَلِكَ ، فوهِمَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢٧١٥ - ولَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ مَالِكاً ذَاكِراً بِما رَوَاهُ غَيْرُهُ ، فَمالَ إِلى ذِكْرِهِ ؛ لأَنَّهُ كَذَلِكَ رَوَاهُ عَنْهُ فِي مُوَطَّئِهِ دُونَ سَائِرِ الرُّوَاةِ .

٣٢٧١٦ - **قال أبو عمر** : أَجْمَعَ العُلَماءُ عَلى أَنَّ إِقْرارَ العَبْدِ عَلى سَيِّدِهِ فِي مَالِهِ لا يَلْزَمُهُ .

٣٢٧١٧ - وَفي هَذا الحَدِيثِ أَنَّ عُمَرَ أَغرمَ عَبْدَ الرَّحمنِ بْنَ حَاطِبٍ ما اعْتَرَفَ بِهِ عَبِيدُهُ .

٣٢٧١٨ - وَهَذا خَبَرٌ تَدْفَعُهُ الأُصُولُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ .

* * *

(٢٩) باب القضاء فيمن أصاب شيئاً من البهائم(*)

٣٢٧١٩ - قال مالكٌ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فيمَنْ أَصَابَ شَيْئاً مِنَ الْبَهَائِمِ ، إِنَّ عَلَى الَّذِي أَصَابَهَا قَدْرَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا(١) .

٣٢٧١٩م - **قال أبو عمر** : اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي حُكْمِ مَا يُصابُ مِنَ البَهَائِمِ .

٣٢٧٢٠ - وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أَنَّهُ قَضى فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ ثَمَنِها وأَنَّهُ كَتَبَ إِلى شُرَيحٍ يَأْمُرُهُ أَنْ يَقْضِيَ بِذَلِكَ(٢) .

٣٢٧٢١ - وَهُوَ قَولُ شُرَيحٍ ، وَالشَّعبيِّ .

٣٢٧٢٢ - وَبِهِ قَالَ الحَسَنُ بْنُ حَيّ ، وَالكُوفِيُّونَ ، وَقضى بِهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ .

(*) **المسألة - ٦٩١** - حكم ما يصاب من البهائم على قدر ما حدث بها من عيب ، أما إذا قتل الإنسان الجمل الصؤول ونحوه ، ضمن قيمته على كل حال عند **الحنفية** ؛ لأن الأموال تضمن حال الضرورة إلى إتلافها ، والقاعدة عندهم أن « الاضطرار لا يبطل حق الغير » وأن جناية « العجماء جبار » أي هدر .

وقال الجمهور عند **الحنفية** : لا غرم ولا ضمان على المدافع إذا لم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه وقتله ؛ لأنه قتله أثناء الدفاع الجائز ، ولدفع شره ، وقياساً على قتل الإنسان الصائل ، وحرمة النفس أعظم من حرمة المال ، وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرمي إذا صال ، ويختلف هذا عن حالة المضطر إلى طعام الغير ، بأن الطعام لم يلجئ المضطر إلى إتلافه ، ولم يصدر منه ما يزيل عصمته .

ومذهب **غير الحنفية** في صيال الحيوان والصبي والمجنون هو المعقول .

وانظر في هذه المسألة : البدائع : ٢٧٣/٧ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ ، المغني : ٣٢٨/٨ وما بعدها ، المهذب : ٢٢٥/٢ ، كشاف القناع : ١٤٣/٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٧/٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته (٦ : ٧٥٤) .

(١) الموطأ : ٧٤٨ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٠٧) .

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٠ : ٧٧) ، والمحلى (٨ : ١٥٠) .

٣٢٧٢٣ - وَرَوى الحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ ، عَنْ زُفَرَ أَنَّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ مَا نَقصَ مِنَ البَهِيمَةِ .

٣٢٧٢٤ - وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ ، وَاللَّيْثِ ، وَالشَّافِعِيِّ .

٣٢٧٢٥ - إلاَّ أَنَّ اللَّيْثَ قَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ الدَّابَّةَ إِنْ فُقِئَتْ عَينُها ، أَو كُسِرَتْ رِجْلُها ، أَو قُطِعَ ذَنَبُها ، فَعلى فَاعِلِ ذَلِكَ ضَمانُ الدَّابَّةِ حَتَّى يُؤَدِّيَ ثَمَنَها ، أَو شِراؤُها .

٣٢٧٢٦ - وَقالَ الطَّحاوِيُّ : القِيَاسُ عِنْدَ أَصْحَابِنا إِيجَابُ النُّقْصانِ ، إلاَّ مَنْ تَرَكُوا القِيَاسَ بِما رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أَنَّهُ قَضى فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ قِيمَتِها بِمَحضَرٍ مِنَ الصَّحابَةِ مِنْ غَيرِ خِلافٍ مِنْهُمْ ، وَلأَنَّ غَيْرَهُ لاَ يَكُونُ رَأْياً ، وَإِنَّما هُوَ تَوْقِيفٌ .

* * *

١٤٣٨ - قالَ مَالِكٌ فِي الْجَمَلِ يَصُولُ عَلَى الرَّجُلِ فَيَخَافُهُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَقْتُلُهُ أَو يَعْقِرُهُ : فَإِنَّه إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، عَلَى أَنَّهُ أَرادَهُ وَصَالَ عَلَيْهِ فَلاَ غُرْمَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ إِلاَّ مَقَالَتِه ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْجَمَلِ(١) .

٣٢٧٢٧ - **قال أبو عمر** : قَولُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كَقَوْلِ مَالِكٍ .

٣٢٧٢٨ - قَالَ الشَّافِعِيُّ : إِذا صَالَ الجَمَلُ عَلَيهِ ، وَأَرَادَهُ ، فَلاَ ضَمانَ عَلَيهِ ، كَما لَو قَصدَهُ رَجُلٌ لِيَقْتُلَهُ ، فَدَفَعَهُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلى دَفْعِهِ إِلا بِضَرْبِهِ ، فَضَرَبَهُ فَقَتَلَهُ كَانَ هَدَراً .

---

(١) الموطأ : ٧٤٩ ، والموطأ برواية أبي مصعب الزهري (٢٩٠٨) .

٣٢٧٢٩ - قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ ، أَو دُونَ نَفْسِهِ ، فَهُوَ شَهِيدٌ »[١] .

٣٢٧٣٠ - وَإِذا سَقَطَ عَنهُ[٢] الأكثر كَانَ الأَقَلُّ أَسْقطَ .

٣٢٧٣١ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحابُهُ فِي بَعِيرٍ صَالَ عَلى رَجُلٍ ، فَقَتَلَهُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ .

٣٢٧٣٢ - وَهُوَ قَولُ عَطاءٍ .

٣٢٧٣٣ - وَرَوى عَلِيُّ بْنُ مَعبدٍ ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ : أَسْتَقْبِحُ أَنْ][٣] أَضمنَهُ .

٣٢٧٣٤ - وَقَالَ الثَّورِيُّ : يضْمَنُ .

٣٢٧٣٥ - **قال أبو عمر** : رَوى وَكِيعٌ ، عَنِ الثَّورِيِّ ، عَنْ مُغِيرَةَ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ بَعِيراً افْتَرَسَ رَجُلاً ، فَقَتَلَهُ فَجاءَ رَجُلٌ ، فَقَتَلَ البَعِيرَ ، فَأَبْطَلَ شُرَيحٌ دِيَةَ الرَّجُلِ ، وَضمنَ الرَّجُلُ دِيَةَ البَعِيرِ .

٣٢٧٣٦ - وَرَوى مَعمرٌ ، عَنِ الزُّهريِّ ، قَالَ : يغْرمُ قَاتِلُ البَهِيمَةِ ، وَلاَ يغْرمُ أَهلُها مَا قَتَلَتْ[٤] .

٣٢٧٣٧ - رَوى ابْنُ مَهْدِيٍّ ، عَنْ زَمْعَةَ بْنِ صَالِحٍ ، عَنِ ابْنِ طَاووسٍ ، عَنْ أَبِيهِ

---

(١) مخرج في غير هذا الموضع .

(٢) في **(ك)** : باب .

(٣) نهاية الخرم في نسخة **(ي)** ، المشار إليه أثناء الفقرة (٣٢٧٠٨) .

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٩ : ٢٧٢) .

قَالَ : اقتُلُو الفَحْلَ إِذَا عدَا علَيْكُمْ ، ولاَ غُرمَ علَيْكُمْ(١) .

٣٢٧٣٨ – وَابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنِ الأَسْوَدِ بْنِ قَيْسٍ ، أَنَّ غُلاماً مِنْ قَومِهِ أَدْخَلَ بُخْتِيَّةً لِزَيْدِ بْنِ صَوحانَ فِي دَارِهِ ، فَتَخبطَتْهُ فَقَتَلَتْهُ ، فَجاء أَبُوهُ بِالسَّيْفِ ، فَعَقَرَها ، فَرفعَ ذَلِكَ إِلى عُمَرَ ، فَأَهْدَرَ دمَ الغُلامِ ، وَضمَّنَ أَباهُ ثَمنَ البخْتِيَّةِ(٢) .

٣٢٧٣٩ – قَالَ أَبو بكرٍ : وَحَدثَّني مُعاذُ بْنُ مُعاذٍ ، عَنْ أَشْعَثَ ، عَنِ الحَسَنِ فِي الرَّجُلِ يَلْقى البَهِيمةَ ، فَيخافُها عَنْ نَفْسِهِ ، قالَ : يَقتُلُها وثَمنُها علَيهِ(٣) .

٣٢٧٤٠ – وَاحْتَجَّ الطَّحاويُّ للضَّمانِ بِأَنْ قَالَ : الضَّرُورَةُ إِلى مَالِ الغَيرِ لاَ تُسْقِطُ الضَّمانَ ، قَالَ : وَالفَرْقُ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالجَملِ أَنَّ القَاتِلَ يسْتحقُّ القَتْلَ لِقَتْلِهِ ، ولَو قَتلَ الجَملُ الرَّجُلَ كَانَ هَدراً بِحُرْمَتِهِ بَعْدَ قَتْلِهِ كَهِيَ قَبْلَهُ .

* * *

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٩ : ٢٧٣) ، رقم (٧٤٣٠) .

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٩ : ٢٧٣) ، رقم (٧٤٣٢) .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٩ : ٢٧٣) ، رقم (٧٤٣٣) .

(٣٠) باب القضاء فيما يعطى العمال(*)

١٤٣٩ – قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى الْغَسَّالِ ثَوْباً يَصْبُغُهُ فصبغه ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ : لَمْ آمُرْكَ بِهذَا الصَّبْغِ . وَقَالَ الْغَسَّالُ : بَلْ أَنْتَ أَمَرْتَنِي بذَلِكَ : فَإِنَّ الْغَسَّالَ مُصَدَّقٌ فِي ذلِكَ ، وَالْخَيَّاطُ مِثْلُ ذلِكَ ، وَالصَّائِغُ مِثْلُ ذلِكَ ، وَيَحْلِفُونَ عَلَى ذلِكَ ، إِلا أَنْ يَأْتُوا بِأَمْرٍ لاَ يُسْتَعْمَلُونَ فِي مِثْلِهِ ، فَلاَ

(*) **المسألة – ٦٩٢** – اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن الأجير الخاص كالخادم في المنزل والأجير في المحل لا يكون ضامنا العين التي تسلم إليه للعمل فيها ؛ لأن يده يد أمانة كالوكيل والمضارب فلا يضمن العين التي تهلك في يده ، ما لم يحصل منه تعد أو تقصير في حفظه سواء تلف الشيء في يده أو أثناء عمله ، وأما الأجير المشترك وهو الذي يعمل لعامة الناس ، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ والقصار ونحوهم فقد اختلفوا فيه :

فقال الشافعي في الصحيح من قوليه إلا لم يكن يفتي به لفساد الناس : إن يده يد أمانة كالأجير الخاص ، فلا يضمن ما تلف عنده إلا بالتعدي أو التقصير ؛ لأن الأصل ألا يجب الضمان إلا بالاعتداء لقوله تعالى : ﴿ فلا عدوان إلا على الظالمين ﴾ [البقرة : ١٩٣] ولم يوجد التعدي من هذا الأجير ؛ لأنه مأذون في القبض ، والهلاك ليس هو سببا فيه ، وهو قول أبي حنيفة ، وزفر ، والحسن بن زياد ، **والحنابلة** في الصحيح من مذهبهم .

وقال الصاحبان وأحمد في رواية أخرى : يد الأجير المشترك يد ضمان ، فهو ضامن لما يهلك في يده ، ولو بغير تعد أو تقصير منه ، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام ، أو غرق غالب ونحوهما واستدلوا بفعل الفاروق عمر والإمام علي الآتي بيانه في هذا الباب .

وقال المالكية : ضمن الأجير المشترك الذي يؤثره الأعيان بصنع ما تلف بيده ولو بغير تعد أو تقصير فالقصار ضامن لما يتخرق بيده ، والطباخ ضامن بما أفسد من طبيخه ، والخباز ضامن بما أفسده من خبزه ، والحمال يضمن ما يسقط عن حمله عن رأسه ، أو تلف أثناء عثرته ، والملاح يضمن ما تلف من يده أو مما يعالج به السفينة ، ودليلهم قول النبي ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب) . نيل الأوطار (٥ : ٢٩٨) .

يَجُوزُ قَوْلُهُمْ فِي ذلكَ ، ولْيَحْلِفْ صَاحِبُ الثَّوْبِ ، فَإِنْ رَدَّهَا وأَبَى أَنْ يَحْلِفَ ، حَلَفَ الصَّبَّاغُ[(١)] .

٣٢٧٤١ - **قال أبو عمر** : اخْتَلَفَ العُلَماءُ فِي هَذهِ المَسْأَلَةِ وَمِثْلِها :

٣٢٧٤٢ - فَمِنْهُم مَنْ قَالَ كَقَوْلِ مَالِكٍ : « القَوْلُ قَوْلُ العمَّالِ » .

٣٢٧٤٣ - وَمِنْهُم مَنْ قَالَ القَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوبِ[(٢)] .

٣٢٧٤٤ - وَالأَصْلُ فِي هَذا مَعْرِفَةُ المُدَّعِي على المُدَّعَى عَلَيهِ ، وَالقَولُ أَبداً عِنْدَ جَمِيعِهِم قَولُ المُدَّعَى عَلَيه إِنْ لَمْ تكُنْ لِلْمُدَّعِي بيِّنَةٌ .

٣٢٧٤٥ - فَمَنْ جَعَلَ رَبَّ الثَّوْبِ مُدَّعِياً فَلأَنَّهُ قَدْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَذِنَ لِلصبَّاغِ فِي صبغِ الثَّوبِ ، ثُمَّ ادَّعى أَنَّهُ لَمْ يَعْمَلْ لَهُ مَا أَمَرَهُ بِهِ وَكَذَلِكَ الخَيَّاطُ ، قَدْ أَقَرَّ لَهُ رَبُّ الثَّوبِ [أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ][(٣)] فِي قَطْعِهِ ، ثُمَّ ادَّعى بَعْدُ أَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْهُ القَطْعَ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ ؛ لِيَمْضِي عَمَلَهُ بَاطِلاً .

٣٢٧٤٦ - وَمَنْ جَعَلَ القَولَ قَولَ رَبِّ الثَّوبِ ، فَحُجَّتُهُ أَنَّ الصبَّاغَ أَحْدَثَ فِي ثَوبِ غَيْرِهِ مَا لَمْ يُوَافِقْهُ عَلَيهِ رَبُّهُ ، وَلا بَيِّنَةَ لَهُ ، وَصَارَ مُدَّعِياً ، وَرَبُّ الثَّوبِ مُنْكِرٌ لِدَعْوَاهُ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ العَمَلِ ، فَالقَولُ قَولُهُ ؛ لإِجْمَاعِهِمْ أَنَّهُمَا لَوِ اتَّفَقَا عَلى أَنَّهُ [اسْتَأْجَرَهُ][(٤)] عَلى عَمَلٍ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ عَمِلَهُ ، فَقَالَ رَبُّ المَالِ : لَمْ يَعْمَلْهُ ، فَالقَولُ قَولُ رَبِّ العَمَلِ .

---

(١) الموطأ : ٧٤٩ ، والموطأ برواية أبي مصعب الزهري (٢٩٦٨) .

(٢) كذا في (ي ، س) : الثوب ، وفي الباقي : المال .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) سقط في (ك) .

٣٢٧٤٧ - وقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ « اخْتِلافِ ابْنِ أَبِي لَيلى ، وأَبِي حَنِيفَةَ »[1] :
لَوِ اخْتَلَفا فِي ثَوبٍ ، فَقالَ لَهُ ربُّهُ : أَمرتُكَ أَنْ تَقْطَعَهُ قَمِيصاً ، وَقالَ الآخرُ : بَلْ قُبَاءً
[قَالَ ابْنُ أَبِي لَيلى][2] : القَولُ قَولُ الخيَّاطِ ؛ لاِجْتِماعِهِما على القَطْعِ .

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ : القَولُ قَولُ رَبِّ الثَّوْبِ ، قَالَ : لأَنَّهُما قَدِ اجْتَمَعَا ؛ لأَنَّهُ قَدْ أَمَرَهُ بِالقَطْعِ ، [فَلَمْ يَعْمَلْ][3] لَهُ عَمَلَهُ كَما لَوِ اسْتَأْجَرَهُ على حَمْلِ شَيْءٍ بِإِجَارَةٍ فَقالَ : لَقَدْ حَمَلْتُهُ ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلاَّ بِإِقْرارِ صَاحِبِهِ .

٣٢٧٤٨ [قَالَ الشَّافِعِيُّ][4] : وَهَذا أَشْبَهُ القَوْلَيْنِ ، وَكِلاَهُما مدخولٌ .

٣٢٧٤٩ - قَالَ المزنيُّ : هُوَ كَما قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لأَنَّهُ لاَ خِلافَ أَعْلَمُهُ بَيْنَهم أَنَّهُ « مَنْ أَحْدَثَ حَدَثاً فِيما لا يَمْلِكُ ، فَإِنَّهُ مَأْخُوذٌ بِحَدَثِهِ ، وَأَنَّ الدَّعْوى لاَ تَنْفَعُهُ » ، وَالخيَّاطُ مُقرٌّ بِأَنَّ الثَّوبَ لِرَبِّهِ ، وَأَنَّهُ أَحْدَثَ حَدَثاً وَادَّعى إِذْنَهُ وَإِجازَتَهُ عَلَيهِ ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَعْواهُ ، وَإِلا حلفَ صَاحِبُهُ ، وَضَمِنَ مَا أَحْدَثَهُ في ثَوبِهِ .

٣٢٧٥٠ - **قال أبو عمر** : الْمُدَّعِي مَتَى أَشْكَلَ أَمْرُهُ مِنَ الْمُدَّعى عَلَيهِ ، فَواجِبُ الاعْتِبارِ فِيهِ هَلْ هُوَ آخِذٌ ، أَو دَافِعٌ ؟ وَهَلْ يطْلبُ اسْتِحْقاق شَيْءٍ عَلى غَيْرِهِ ، أَو ينْفِيهِ ، فَالطَّالِبُ أَبداً مُدَّعٍ وَالدَّافع الْمُنكرِ مَدَّعًى عَلَيهِ ، فَقِفْ عَلى هَذا الأَصْلِ تُصِبْ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ .

---

(١) **الأم** (٧ : ١٣٩) باب « في الأجير والإجارة » .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) في (ك) : فليعمل .

(٤) سقط في (ي ، س) .

٣٢٧٥١ - وَقَدِ اخْتَلَفَ أَصْحابُ[١] مَالِكٍ إِذَا قَالَ رَبُّ الثَّوبِ لِلصَّانِعِ [أَوْدَعْتُكَ الثَّوْبَ ، وَقَالَ الصَّانِعُ][٢] : بَلْ أَعْطَيْتَنِيهِ لِلْعَمَلِ ، فَالقَولُ قَولُ الصَّانِعِ مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ ابْنِ القَاسِمِ .

٣٢٧٥٢ - قَالَ سَحْنُونُ : وَقَالَ غَيْرُهُ : الصَّانِعُ مُدَّعٍ ، والقَولُ قَولُ رَبِّ الثَّوبِ ، كَما لَو قَالَ لَمْ أَدْفَعْهُ إِلَيكَ ، وَلَكِنْ سرقَ مِنِّي كَانَ القَولُ قَولَهُ .

٣٢٧٥٣ - **قال أبو عمر** : الأَمْرُ فِي هذا وَاضِحٌ بَأَنَّ القَوْلَ قَولُ رَبِّ الثَّوبِ فِي إِجْمَاعِهِمْ على أَنَّهُ لَو قَالَ : رَهَنْتَنِي ثَوبَكَ هذا ، وَقَالَ رَبُّهُ : بَلْ أَوْدَعْتُكَهُ أَنَّ القَوْلَ قَولُ رَبِّ الثَّوبِ .

* * *

١٤٤٠ - قَالَ مَالِكٌ فِي الصَّبَّاغِ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الثَّوْبُ فَيُخْطِئُ بِهِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ حَتَّى يَلْبَسَهُ الَّذِي أَعْطَاهُ إِيَّاهُ : إِنَّهُ لاَ غُرْمَ عَلَى الَّذِي لَبِسَهُ ، وَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ ، وَذلِكَ إِذَا لَبِسَ الثَّوْبَ الَّذِي دُفِعَ إِلَيْهِ ، عَلَى غَيْرِ مَعْرِفَةٍ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ، فَإِنْ لَبِسَهُ وَهُوَ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبَهُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ[٣] .

٣٢٧٥٤ - **قال أبو عمر** : خَالَفَهُ أَكْثَرُ الفُقَهاءِ فِي هَذا مِنْهُم ؛ الشَّافِعِيُّ وَالكُوفِيُّ ، وَقَالُوا : رَبُّ الثَّوبِ مُخَيَّرٌ - إِنْ شَاءَ ضَمِنَ لابِسَهُ قِيمَةَ مَا لبسهُ إِلا أَنْ يكُونَ أَخْلَقَهُ جداً فيضْمنُ وَإِنْ شَاءَ ذَلِكَ لِلْغَسَّالِ الَّذِي أَخْطأَ بِالثَّوْبِ ؛ فَدفعَهُ إِلى غَيرِ صَاحِبِهِ ، فَإِنْ غرمَ الغسالُ رَجعَ على لابِسِ الثَّوبِ بِقِيمَةِ مَا نَقصَهُ اللُّبَاس أَو بِقِيمَتِهِ إِنْ

---

(١) في (ي ، س) : قول .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) الموطأ : ٧٤٩ .

أخلَقَهُ ، وإنْ غَرمَ اللاَّبِسُ لَمْ يَرْجعْ بِشَيْءٍ عَلى أحَدٍ ؛ لأنَّهُ إنَّما أغرمَ قِيمةَ مَا استهلكَ كَما لَوْ أخذَ خبزاً ، أو شيئاً مِنَ المأكُولِ لِغيرِهِ ، فأعْطاهُ لِمَنْ أكَلَهُ أنَّ صاحِبَهُ مُخيَّرٌ ، إنْ شَاءَ ضَمنَ الآكل وإنْ شَاءَ ضَمنَ الَّذي أخذَ خُبزَهُ .

٣٢٧٥٥ – إلا أنَّهم اخْتَلَفُوا هَاهُنا ؛ فَقالَ بَعْضُهم : إنْ ضَمنَ الآكِل ، وَرَجَع عَلى المُعْطِي ؛ لأنَّهُ غرَّهُ ، وكَأنَّهُ تَطوَّعَ لَهُ بِما أعْطاهُ .

٣٢٧٥٦ – هَذا إذَا لَمْ يَعْلَم الآكِلُ أنَّهُ مَالُ غَيرِهِ ، فَإنْ علمَ ضَمنَ ، ولَمْ يرْجعْ عَلى أحَدٍ .

٣٢٧٥٧ – وَمِنْهُم مَنْ قَالَ : يغرمُهُ الَّذي أكَلَهُ عَلى كُلِّ حَالٍ ؛ لأنَّ الأمْوَالَ تضْمنُ بالخَطَأ ، كَما تضْمنُ بِالعمْدِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

* * *

(٣١) باب القضاء في الحمالة والحول(*)

١٤٤١ – قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يُحِيلُ الرَّجُلَ عَلَى الرَّجُلِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ ، أَنَّهُ إِنْ أَفْلَسَ الَّذِي أُحِيلَ عَلَيْهِ ، أَوْ مَاتَ فَلَمْ يَدَعْ وَفَاءً ، فَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الَّذِي أَحَالَهُ شَيْءٌ ، وَأَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ الأَوَّلِ .

قَالَ مَالِكٌ : وَهٰذَا الأَمْرُ الَّذِي لاَ اخْتِلاَفَ فِيهِ عِنْدَنَا .

(*) **المسألة : ٦٩٣** – حوالة الدين عند فقهاء **الحنفية** ، هي نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم ، وعرفها غير فقهاء **الحنفية** بأنها عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة .

قال الشافعية والمالكية : يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال فقط ؛ لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء ، فلا يلزم بجهة معينة ، وحق المحال في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلا برضاه ؛ لأن الذمم تتفاوت في الأداء والقضاء ، ولا يشترط عند هؤلاء رضا المحال عليه ؛ لأنه محل الحق والتصرف ، ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره ، والأمر هو مجرد تفويض بالقبض فلا يعتبر رضا ، كما لو وكل إنسان غيره بقبض دينه .

وقال الحنفية : تنعقد الحوالة بإيجاب من المحيل ، وقبول من المحال والمحال عليه ، أي أنه لابد من رضا المحيل والمحال عليه ، أما رضا المحيل فمطلوب ؛ لأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين ، ، وأما رضا المحال فلابد منه ؛ لأن الدين حقه ، وهو في ذمة المحيل ، والدين هو الذي ينتقل بالحوالة ، والذمم متفاوتة في حكم القضاء والمطل ، فلابد من رضاه ، كما أن رضا المحال عليه ضروري ؛ لأنه الذي يلزمه الدين ، ولا لزوم إلا بالتزامه .

وقال الحنابلة : يشترط رضا المحيل فقط ، وأما المحال والمحال عليه فيلزمهما قبول الحوالة عملا بالأمر الوارد في الحديث النبوي المفيد للوجوب وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » .

فإن مات المحيل قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال ، وكان على المحيل ديون أخرى غير دين المحال ، وليس له مال سوى هذا الدين الذي على المحال عليه ، فإنه لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء أي الدائنين .

قَالَ مَالِكٌ : فَأَمَّا الرَّجُلُ يَتحَمَّلُ لَهُ الرَّجُلُ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُتَحَمِّلُ ، أَوْ يُفْلِسُ ، فَإِنَّ الَّذِي تُحُمِّلَ لَهُ ، يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ الأَوَّلِ[١] .

٣٢٧٥٨ - **قال أبو عمر** : عِنْدَ مَالِكٍ فِي بَابِ الحوالَةِ حَدِيثٌ مُسْنَدٌ ، رَوَاهُ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ ، عَنِ الأَعْرَجِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ ، فَلْيَتْبَعْ »[٢] .

٣٢٧٥٩ - وَهَذَا الحَدِيثُ فِي رِوَايَةِ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ فِي « الْمُوَطَّأ » فِي بَابِ جَامِعِ الدَّيْنِ وَالحولِ مِنْ كِتَابِ البُيوعِ ، وَهُوَ عِنْدَ جَماعَةٍ مِنْ رُوَاةِ « الْمُوطَّأ » هَاهُنَا .

٣٢٧٦٠ - وَالحوالَةُ عِنْدَ مَالِكٍ ، وَأَكْثَرِ العُلَماءِ خِلافُ الحمالَةِ .

٣٢٧٦١ - وَالَّذِي عَلَيهِ مَالِكٌ وَأَصْحابُهُ فِي الحَوالَةِ مَا ذَكَرَهُ فِي « الْمُوطَّأ » إِلا أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ : « إِذا غَرَّهُ مِنْ فلسٍ ، عَلِمَهُ فَإِنَّهُ يَرجِعُ عَلَيهِ كَالحمالَةِ » ، وَكَذَلِكَ لَو أَحالَهُ عَلَى مَنْ لا دَيْنَ لَهُ عَلَيهِ ، فَهِيَ حمالَةٌ يَرْجِعُ بِهَا إِنْ لَحقَهُ تَوًا .

٣٢٧٦٢ - وَقَدْ ذَكَرَ هَذا مِنَ الوَجْهَينِ ابْنُ القَاسِمِ وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ ، قَالُوا عَنْ

(١) الموطأ : ٧٥٠ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٧٠) **(الحمالة)** قال ابن الأثير : الحمالة ، بالفتح ، ما يتحمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة ؛ مثل أن يقع حرب بين فريقين ، يسفك فيها الدماء ، فيدخل بينهم رجل يتحمل ديات القتلى ؛ ليصلح ذات البين . وقال القاضي عياض : الحمالة هي الضمان .

(والحول) جمع الحوالة ، بالفتح ، مأخوذة من : حولت الرداء ، نقلت كل طرف إلى موضع الآخر ، فأحلته بدينه نقلته إلى ذمة غير ذمتك . وقال القاضي عياض : الحوالة من إحالة من له عليك دين بمثله على غريم لك آخر .

(٢) تقدم تخريجه ، وانظر فهرس أطراف الأحاديث النبوية الشريفة .

قال النووي في شرح مسلم : « اتبعَ ... فَلْيَتْبَعْ » هو بسكون التاء في « أتبع » و « فليتبع » مثل أُخرجَ فَلْيَخْرُجْ . هذا هو الصواب المشهور إلا أنه نقل عن بعض المحدثين التشديد في الثانية .

مَالِكٍ : إِذا حالَ غَرِيمُهُ عَنْ غَرِيمٍ لَهُ ، فَقَدْ بَرِئَ المُحيلُ ، وَلا يرجعُ عَلَيهِ المُحالُ بإفلاسٍ ، وَلا مَوْتٍ إِلا أَنْ يغرهُ مِنْ فَلَسٍ عَلمَهُ مِنْ غَرِيمِهِ الَّذي أَحالَ عَلَيهِ ، فَإِنْ كَانَ ذَلكَ رَجعَ عَلَيهِ ، وَإِنْ لَمْ يغرهُ مِنْ فَلَسٍ عَلمَهُ إِذَا كَانَ لَهُ دَيْنٌ ، وَإِنْ غرَّهُ ، أَو لَمْ يكُنْ عَليهِ شَيْءٌ ، فَإِنَّهُ يرجعُ عَلَيهِ إِذَا أَحَالَهُ ، قَالَ : وَهَذِهِ حمالةٌ .

٣٢٧٦٣ - وَقالَ الشَّافعيُّ : يرجعُ المُحيلُ بِالحَوالَةِ ، وَلا يرجعُ عَلَيهِ بِمَوْتٍ ، وَلا إِفلاسٍ[1] .

٣٢٧٦٤ - وَهُوَ قَولُ أَحْمَدَ ، وَأَبي عُبيدٍ ، وَأَبي ثَورٍ أَنَّهُ لاَ يَرْجعُ عَلى المُحيلِ بِمَوْتٍ ، وَلاَ إِفْلاسٍ ، وَسَواءٌ غرَّهُ ، أَو لَمْ يغرهُ مِنْ فَلَسٍ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، وَغَيْرِهِ .

٣٢٧٦٥ - وَقالَ أَبو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحابُهُ يَبْدأُ المُحيلُ بِالحَوالَةِ ، وَلا يرجعُ عَلَيهِ إِلا بَعْدَ التَّوي[2] .

٣٢٧٦٦ - وَالتَّوي عِنْدَ أَبي حَنِيفَةَ أَنْ يَمُوتَ المُحالُ عَلَيهِ مُفْلِساً ، أَو يحلِف مَا لَهُ شَيْءٌ ، ولَمْ تكُنْ لِلْمُحِيلِ بيِّنَةٌ .

٣٢٧٦٧ - وَقَالَ أَبو يُوسُفَ ، وَمُحَمدٌ : هَذا توي ، وَإِفْلاسُ المُحالِ عَلَيهِ توي أَيضاً .

٣٢٧٦٨ - وَقَالَ شُرِيحٌ ، والشَّعْبيُّ ، والنَّخعيُّ : إِذَا أَفْلَسَ ، أَو مَاتَ رَجعَ عَلى المُحِيلِ .

٣٢٧٦٩ - وَقَالَ عُثْمانُ البتيُّ : الحوالَةُ لاَ تُبْرِئُ المُحيلُ إِلا أَنْ يشتَرِطَ بَرَاءَتَهُ ، فَإِنْ

---

(١) **الأم** (٣ : ٢٢٨) باب الحوالة .

(٢) **التوي** : التلف والهلاك . والمراد : تعذر تحصيل الدين بسبب لا دخل للمحال فيه كإفلاس المحال عليه مثلاً .

شَـرطَ البَـراءَة بِيَـدِ المُحيلِ إذا أحَـالَهُ عَلى مليءٍ ، وإِنْ أحَـالَهُ عَلـى مُفْـلِسٍ ، ولَـمْ يَقُلْ إِنَّهُ مُفْلسٌ فإنَّهُ يَرجعُ عَلَيهِ ، وإِنْ أَبْرأَهُ ، وإِنْ أَعْلَمَهُ أَنَّهُ مُفْلِسٌ وأَبْرأَهُ لَم يرجعْ عَلى المُحيلِ .

٣٢٧٧٠ - ورَوى ابْنُ المُبارَكِ ، عَنِ الثَّوريِّ إذا أحَالَهُ عَلى رَجُلٍ فَأفْلسَ ، فَلَيْسَ لَهُ أنْ يَرْجعَ عَلى الآخرِ إلا بِمَحْضَرِهِمَا ، وإِنْ مَاتَ ولَهُ ورَثَـةٌ ، ولَمْ يَترُكْ شَيْئاً رَجع حَضَرُوا ، أَو لَمْ يَحْضُرُوا .

٣٢٧٧١ - ورَوى المعافي ، عَنِ الثَّوريِّ : إِذا كفلَ لِمَدينِ رجل بمالٍ وأَبرأَهُ بَرِئَ ، وَلا يرجعُ إلا أنْ يفلِسَ الكَبِيرُ أَو يَمُوتَ ، فَيرجعُ عَلى صَاحِبِهِ حِينَئِذٍ .

٣٢٧٧٢ - وَقالَ اللَّيْثُ فِي الحوالَةِ : لاَ يرجعُ إِذَا أَفْلَسَ المُحالُ عَلَيهِ .

٣٢٧٧٣ - وَقـالَ زُفَـرُ ، وَالقَـاسِمُ بْنُ معنٍ فِي الحـوالَةِ : لَهُ أنْ يَأْخُـذَ كُلَّ واحِدٍ مِنْهُما بِمَنْزلةِ الكفَالَةِ .

٣٢٧٧٤ - وَقالَ ابنُ أبي لَيلى : يبْرأُ صَاحِبُ الأَصْلِ بالحَوالَةِ .

٣٢٧٧٥ - **قال أبو عمر** : هَذا اختِلافُهُم فِي الحـوالَةِ ، وأَمَّا الكـفالَةُ والحمَـالَةُ ، وَهُمَا لَفظَتَانِ مَعْنَاهُما الضَّمانُ ، فَاختِلافُ العُلماءِ فِي الضَّمانِ عَلى مَا أَوْرَدَهُ بِحَوْلِ اللَّهِ لاَ شَرِيكَ لَهُ .

٣٢٧٧٦ - قَالَ مَالِكٌ : وإِذَا كَانَ المطْلُوبُ ملياً بِالحَقِّ لَمْ يَأْخذِ الكَفِيلُ الَّذي كفلَ بِهِ عَنْهُ ، ولَكِنَّـهُ يَأْخُذُ حَقَّهُ مِنَ المَطْلُوبِ ، فَإِنْ نَقص شَيْءٌ مِنْ حَقِّـهِ أَخَذَهُ مِنْ مَالِ الحميلِ ، إلا أنْ يكُونَ الَّذي عَلَيـهِ الحَقُّ عَلَيـهِ دُيونٌ لِغَيـرِهِ ، فَيخافُ صَاحِبُ الحقِّ أَنْ يخاصِمَهُ الغُرماءُ ، أَو كَانَ غَائِباً ، فَلَهُ أنْ يأْخُذَ الحميلَ ، وَيدَعَهُ .

٣٢٧٧٧ - قَالَ ابْنُ القَـاسِمِ : لَقَدْ كَانَ يَقُـولُ : لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمـا شَاءَ ، ثُمَّ رَجع

إلى هَذا القَولِ .

٣٢٧٧٨ - وَقَالَ اللَّيْثُ : إِذَا كفلَ المالَ ، وَعرفَ مبْلغَهُ جَازَ عَلَيهِ ، وأخذَ بِهِ ، وَقَالَ : إِنْ كفلت لَكَ بحقِّكَ ، ولَمْ أعرفِ الحقَّ لَمْ يُجبَرْ ؛ لأنَّهُ مَجْهُولٌ .

٣٢٧٧٩ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وأبو حَنِيفَةَ ، وأصْحَابُهما ، والثَّورِيُّ ، وَالأوْزَاعِيُّ ، وأحْمَدُ ، [وَإِسْحاقُ](١) : إِذَا كفلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ ، فَللطَّالِبِ أنْ يَأخذَ مِنْ أيِّهِمَا شَاءَ مِنَ المَطْلُوبِ ، وَمِنَ الكَفِيلِ .

٣٢٧٨٠ - وَقَالَ أَبُو ثَورٍ : الكفَالَةُ وَالحوالَةُ سَوَاءٌ ، وَمَنْ ضمنَ عَنْ رَجُلٍ مَالاً لَزِمَهُ ، وَبَرِئَ المضْمُون عَنْهُ ، قَالَ : ولاَ يَجُوزُ أَنْ يكُونَ مَالاً وَاحِداً عَنِ اثْنَيْنِ .

٣٢٧٨١ - وَهُوَ قَولُ ابنِ أبي لَيلى ؛ قَالَ أَبُو يُوسُفَ : قالَ ابْنُ أبي لَيلى : لَيسَ [لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الَّذي عَلَيهِ الأصْلُ ، قَالَ : وَإِنْ كَانَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ كَانَ](٢) لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُما شَاءَ .

٣٢٧٨٢ - قَالَ أَبُو يُوسُفَ : وَقَالَ ابْنُ شبْرمَةَ فِي الكفَالَةِ : إِنِ اشْتَرطَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُما كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَأَيُّهما اختَارَ أخذَهُ ، وَبَرِئَ الآخَر ، إلا أَنْ يشْترطَ أَخْذَها ، إِنْ شَاءَ جَمِيعاً .

٣٢٧٨٣ - وَرَوى شُعيبُ بْنُ صَفْوانَ ، عَنِ ابْنِ شبْرمة فِيمَنْ ضَمن عَنْ رَجُلٍ مَالاً أَنَّهُ يبْرأُ المضْمُونُ عَنْهُ ، وَالمَالُ عَلى الكَفيلِ .

٣٢٧٨٤ - وَقَالَ فِي رَجُلَيْنِ أَقْرَضَا رَجُلاً أَلْفَ دِرْهَمٍ عَلى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) ما مضى بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُما بِأَصْلِ المَالِ ، وَإِنَّما لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِما كَفَلَ لَهُ عَنْ صَاحِبِهِ ، وَهَذِهِ خِلافُ رِوَايَةِ أَبي يُوسُفَ .

٣٢٧٨٥ - **قال أبو عمر** : هَذِهِ أَقْوَالُهُمْ ، وَمَذَاهِبُهُمْ فِي الكفَالَةِ بالمَالِ ، وأَمَّا الكفَالةُ بالنَّفسِ ، فَهِيَ جَائِزةٌ عِنْدَ مَالِكٍ ، وأَصْحابِهِ ، إلا فِي القصاصِ والحُدُودِ .

٣٢٧٨٦ - وَهُوَ قولُ الأَوْزَاعِيِّ ، وَاللَّيْثِ ، وأَبي حَنِيفَةَ ، وأَصْحابِهِ .

٣٢٧٨٧ - وأَمَّا الشَّافعيُّ ، فَمَرَّةً ضعفَ الكفالةَ بالنفسِ على كُلِّ حَالٍ ، وَمَرَّةً أجازَهَا على المَالِ .

٣٢٧٨٨ - وَقالَ مَالِكٌ : إذا كَفلَ بِنَفْسِهِ إلى أَجَلٍ وَعَلَيهِ مَالٌ غرمَ المالَ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ عِنْدَ الأَجَلِ ، وَيرجعُ بِهِ عَلى المَطْلُوبِ ، فَإِنِ اشْتَرطَ الضَّامِنُ بِالنَّفسِ أَنَّهُ لاَ يضْمنُ المَالَ كَانَ ذَلِكَ لَهُ ، ولَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ مِنَ المَالِ .

٣٢٧٨٩ - وَقَالَ أَبو حَنِيفَةَ ، وأَصْحابُهُ : إذا كفلَ بالنَّفسِ ، وَمَاتَ المطْلُوبُ بَرِئَ الكَفِيلُ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ .

٣٢٧٩٠ - وَقالَ عُثْمانُ البتيُّ : إذا كَفلَ بِنفسٍ فِي قصاصٍ ، أَو جِراحٍ فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَجِئْ بِهِ لَزِمَتْهُ الدِّيَةُ ، أَو أَرْشُ الجِنايَةِ[1] ، وَهِيَ لَهُ فِي مَالِ الجَانِي ، وَلاَ قصاصَ - عَلِمْتُ - عَلى الكَفِيلِ .

٣٢٧٩١ - **قال أبو عمر** : أَمَّا الحوالَةُ ، فَالأَصْلُ فِيها قَولُهُ ﷺ : « إِذَا أُتْبِعَ أَحَدكُم عَلى مليءٍ فَلْيتبعْ » .

(١) في (ك) : الجراحة .

٣٢٧٩٢ – وَهَذا هُوَ الحالَةُ بِعَيْنِها بِدَلِيلِ رِوَايَةِ يُونُسَ [بْنِ عُبيدٍ][١] ، عَنْ نَافعٍ ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : قالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَطَلُ الغَنيِّ ظُلْمٌ ، وإِذا أُحِلْتَ عَلى مَلِيءٍ فَاتْبَعْهُ »[٢] .

٣٢٧٩٣ – [وَفِي قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذَا أحلت عَلى مَلِيءٍ ، فأتبعهُ][٣] وَقَوْلُهُ : « إِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلى مَلِيءٍ ، فَلْيَتْبَعْ » ، دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ إِذَا أُحِيلَ عَلى غَيْرِ مليءٍ لَمْ تَصِحَّ الإِحَالَةُ .

٣٢٧٩٤ – وَفِي ذَلِكَ مَا يُوضِّحُ لَكَ مَا ذَهَبَ إِلَيهِ مَالِكٌ – رحمهُ اللَّهُ – أَنَّ المُحيلَ إِذا غرَّ المُحالَ مِنْ فَلَسِ المُحالِ عَلَيهِ ، فَإِنَّهُ لاَ تَلْزَمُهُ الحَوالَةُ ، وَلَهُ رجُوعُهُ بِمَالِهِ عَلى المُحالِ ؛ لأَنَّهُ لَمَّا شَرطَ المليءَ فِي الحَوالَةِ دَلَّ ذَلِكَ عَلى أَنَّ عَدَمَ ذَلِكَ يُوجِبُ غُرْمَ المَالِ .

٣٢٧٩٥ – وَلاَ حُجَّةَ عِنْدي لِلْكُوفِيِّينَ فِيمَا نزعُوا بِهِ مِنْ هَذا الحَدِيثِ أَنَّهُ إِذَا أَفْلَسَ المُحالُ عَلَيهِ ، أَو مَاتَ كَانَ لَهُ الرُّجوعُ ؛ لأَنَّ زَوَالَ المِلْكِ يُوجِبُ الرُّجُوعَ عَلى المُحالِ .

٣٢٧٩٦ – وَلَهُمْ فِي ذَلِكَ حُجَجٌ مِنْ جِهَةِ المُقايَسَاتِ ، لَمْ أَرَ لِذِكْرِهَا وَجْهاً .

٣٢٧٩٧ – وَكَذَلِكَ قَالُوا : إِنَّ ظَاهِرَ الحَدِيثِ يُوجِبُ جَوَازَ الحوالَةِ عَلى مَنْ لا دَيْنَ عَلَيهِ لِلْمُحِيلِ ؛ لأَنَّ النَّبيَّ ﷺ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ مَنْ عَلَيهِ دَيْنٌ لِلْمُحِيلِ ، وَبَيْنَ مَنْ لا دَيْنَ عَلَيهِ .

٣٢٧٩٨ – وَهَذا عِنْدِي لَيْسَ كَما قَالُوا ؛ لأَنَّ الحَوَالَةَ مَعْنَاهَا ابتِياعُ ذِمَّةٍ بِذِمَّةٍ ،

(١) سقط في (ك) .

(٢) أخرجه من هذا الوجه ابن ماجه في الأحكام ح (٢٤٠٤) ، باب الحوالة (٢ : ٨٠٣) .

(٣) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

وَمَنْ لا دَيْنَ عَلَيهِ لَيْسَ لِلْمُحِيلِ عليهِ شيءٌ ، إلا أنَّهم جعلُوا التَّطوُّعَ بِما فِي الذِّمَّةِ كَالذِّمَّةِ الَّتِي تكُونُ عَنْ بَدَلٍ .

٣٢٧٩٩ – وَالكَلامُ فِي هَذا تَشْغِيبٌ ، وَفِيهِ تَعَسُّفٌ ، وَشغبٌ ، وَباللَّهِ التَّوفِيقُ .

٣٢٨٠٠ – وَقالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ : الحوالَةُ عَلَى المليءِ لازِمَةٌ ، رَضِي بِها أو لَمْ يَرْضَ [ولَيْسَ بِشَيْءٍ][1] ؛ لأنَّ ابْتِياعَ الذِّمَمِ بالذِّمَمِ كَابْتِيَاعِ الأعْيَانِ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ ، وَالتِّجارَةُ لاَ تَكُونُ إلا عَنْ تَرَاضٍ .

٣٢٨٠١ – وَأَمَّا الأَصْلُ فِي الضَّمَانِ ، فَقَولُ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ : ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] أَيْ كَفِيلٌ ، وَحَمِيلٌ ، وَضَامِنٌ .

٣٢٨٠٢ – وَمِنَ السُّنَّةِ حَدِيثُ قَبِيصَةَ بْنِ الْمُخَارِقِ ، قَالَ : تَحَمَّلْتُ حَمَالَةً ، فَأَتَيْتُ النبيَّ ﷺ ، فَسَأَلْتُهُ عَنْها ؟ ، فَقَالَ : « نُخْرِجُها عَنْكَ مِنْ إبلِ الصَّدَقَةِ يَا قبيصةُ إِنَّ المَسْأَلَةَ لا تَحِلُّ إلا فِي ثَلاَثٍ : رَجُلٌ تَحَمَّلَ حَمَالَةً ، فَحَلَّتْ لَهُ المَسْأَلَةُ حَتَّى يَرُدَّها ، ثُمَّ يُمْسِكَ » ، وَذَكَرَ تَمامَ الحَدِيثِ[2] .

٣٢٨٠٣ – وفي إِحْلالِه المَسْأَلَةَ لِمَنْ تَحمل حَمالةً عَنْ قَومٍ دَلِيلٌ عَلى لزُومِ الحمالَةِ لِلْمُتَحمِّلِ ، وَوُجُوبِها عَلَيهِ .

٣٢٨٠٤ – وَقَدِ اسْتدلَّ بِهَذا الحَدِيثِ مَنْ قَالَ : إنَّ المَكْفُولَ لَهُ تَجُوزُ لَهُ مُطالَبَةُ

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة ، ح (٢٣٦٦) ، باب مَنْ تحل له المسألة (٤ : ١٣٧) من طبعتنا ، وأبو داود فيه ، ح (١٦٤٠) ، باب ما تجوز فيه المسألة (٢ : ١٢٠) .

والنسائي فيه ، باب الصدقة لمن تحمل بحمالة (٥ : ٨٨ ، ٨٩) ، و باب فضل من لا يسأل الناس شيئاً (٥ : ٩٧) من المجتبى .

الكَفِيلِ كَانَ المكْفُولُ عَلَيهِ مليئًا ، أو مُعْدَماً ، وَزعمَ أَنَّ ذَلِكَ يَرُدُّ قول مَنْ قَالَ : إِنَّ المكْفُولَ لَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ [الكَفِيلِ إِذا قَدرَ عَلى مُطَالَبَةِ][1] المَكْفُولِ عَنْهُ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ أَبَاحَ المَسْأَلَةَ المُحَرَّمَةَ بِنفسِ الكفالَةِ ولَمْ يعتبرْ حَالَ المُحْتملِ عَنْهُ .

٣٢٨٠٥ - وَفِي هَذا الحَدِيثِ أيضاً دَلِيلٌ عَلى جَوازِ الحمالَةِ بالمالِ المجْهُولِ ؛ لأَنَّ فِيهِ « تحملْتُ حَمَالَةً » ولَمْ يذكُرْ لَها قَدراً ، [ولاَ مبْلغاً][2] .

٣٢٨٠٦ - وَمِمَّنْ أَجَازَ الكفالَةَ[3] بالمَجْهُولِ مِنَ المَالِ : مَالِكٌ ، وأَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحابُهما .

٣٢٨٠٧ - وَقالَ ابْنُ أبي لَيلى ، والشَّافِعِيُّ : لاَ تَصِحُّ الكفالَةُ بالمجْهُولِ ؛ لأَنَّها مُخاطَرَةٌ .

٣٢٨٠٨ - وَفِي هَذا البَابِ أيضاً حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عقيلٍ ، عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ رَجُلاً مَاتَ ، وَعَلَيهِ دَيْنٌ ، فَلَمْ يُصَلِّ عَلَيهِ النَّبِيُّ ﷺ حَتَّى قَالَ أَبُو اليَسَرِ : هُوَ عَلَيَّ ، فَصَلَّى عَلَيهِ النبيُّ عليه السلامُ ، فَجَاءَهُ مِنَ الغَدِ يَتَقاضاهُ ، فَقالَ : إِنَّما كَانَ ذَلِكَ أَمْسِ ، ثُمَّ أَتاهُ مِنْ [بَعْدِ][4] الغَدِ ، فَأَعْطاهُ ، فَقالَ النبيُّ ﷺ : « الآنَ بَردَتْ عليهِ جِلْدَتُهُ » .

٣٢٨٠٩ - هكَذا رَواهُ شريكٌ ، عَنِ ابْنِ عقيلٍ ، عَنْ جَابِرٍ .

٣٢٨١٠ - وَقَدْ قَالَ : رَواهُ زَائِدَةُ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عِقيلٍ ، عَنْ جَابِرٍ ،

---

(١) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) في (ي ، س) : الحمالة .

(٤) سقط في (ي ، س) .

فَقَالَ فِيهِ : وَقَالَ أَبُو قتادَةَ : دَيْنُهُ عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وجعل مكانَ أَبِي اليسرِ أَبَا قَتادَةَ(١) .

٣٢٨١١ - وَهَذا الحَدِيثُ يَدُلُّ على أَنَّ المَطْلُوبَ لاَ يبْرأُ بِكفالَةِ الكَفِيلِ حَتَّى يَقَعَ الأَدَاءُ ، وَيدلُّ عَلى أَنَّ للطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ بِمَالِهِ أَيُّهُما شَاءَ ، وَيدُلُّ على أَنَّ مَنْ كَفلَ عَنْ إِنْسانٍ بِغَيرِ أَمْرِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرجعَ عَلَيهِ ؛ لأَنَّهُ لَو كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ لَقامَ فِيهِ مقامَ الطَّالِبِ صَاحِب أَصْلِ الدَّيْنِ ، وَلَمْ يَكُنِ النبيُّ ﷺ لِيُصَلِّيَ عَلَيهِ ، وَلاَ كَانَتْ جِلْدَتُهُ لِتَبردَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٢٨١٢ - وَأَمَّا حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي قَتادَةَ ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلاً تُوفِّيَ عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وتَركَ عَلَيهِ دينَارَيْنِ ، وَأَبى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُصَلِّيَ عَلَيهِ حَتَّى يُؤَدَّى عَنْهُ ، فَتحملَ بِها أَبُو قَتادَةَ ، فَصَلَّى عَلَيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ(٢) .

٣٢٨١٣ - وَقَدْ رُوِيَ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بنِ أَبي قَتادَةَ ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ : أَتُصَلِّي عَلَيهِ يا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ قَضيتُ عَنْهُ ؟ قَالَ : « نَعَمْ » فَقَضى عَنْهُ ، وَصَلَّى عَلَيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ(٣) .

٣٢٨١٤ - وَقَدْ رَوَاهُ بُكَيْرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الأَشَجِّ ، عَنْ أَبِي قَتادَةَ : قَالَ : سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِي مَنْ لا أَتَّهِمُ : أَنَّ رَجُلاً تُوُفِّيَ ، فَذكرَ الحَدِيثَ(٤) .

٣٢٨١٥ - وَأَحاديثُ هَذا البَابِ مَعْلُومَةٌ عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ بِالنَّقْلِ كُلُّها ؛ للاخْتِلافِ فِي أَسَانِيدِها ، [وَأَلْفَاظِها](٥) وَتَضْعِيفِهِم لِبَعْضِ نَاقِلِيها ، وَأَحْسَنُها حَدِيثُ الزُّهرِيِّ .

---

(١) مضى الحديث في كتاب الجنائز .

(٢) ، (٣) ، (٤) تقدم تخريج الحديث من طرقه المختلفة وانظر الفهارس .

(٥) سقط في (ك) .

٣٢٨١٦ - وَقَدِ اخْتُلِفَ عَلَيه فِيهِ أيضاً ، فَرَوَاهُ مَعمرٌ عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ أَبي سَلَمةَ ، عَنْ جَابِرٍ ، قالَ : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لاَ يُصَلِّي عَلى رَجُلٍ مَاتَ ، وعَلَيهِ دَيْنٌ ، فَأُتِيَ بِمَيِّتٍ ، فَقَالَ : « أَعَلَيْهِ دَيْنٌ » ؟ قَالُوا : نَعَمْ ، دِينَارَانِ ، فَقَالَ : « صَلُّوا عَلى صَاحِبِكُمْ » .

٣٢٨١٧ - قَالَ أَبو قَتَادَةَ الأنْصَارِيُّ : هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَصَلَّى عَلَيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلى رَسُولِهِ ﷺ قالَ : « أَنَا أَوْلى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ ، فَمَنْ تَرَكَ دَيْناً فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ ، وَمَنْ تَرَكَ مَالاً ، فَلِوَرَثَتِهِ » .

٣٢٨١٨ - هكَذا رَوَاهُ [عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنْ مَعْمَرٍ[1] ، وَرَوَاهُ غَيْرُهُ][2] عَنِ الزُّهريِّ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ، عَنْ أَبي هُرَيْرَةَ بِمِثْلِهِ ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ[3] ، لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ ضَمَانَ أَبي قَتَادَةَ ، وَذَكَرَ سَائِرَ الحَدِيثِ .

٣٢٨١٩ - وَرَوَاهُ عقيلٌ ، عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَيضاً ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ مُخْتَصراً ، لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ إِلا : « أَنَا أَوْلى بِالْمُسْلِمِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ »[4] إِلى آخرِهِ لاَ غَير .

* * *

(١) أخرجه أبو داود في البيوع ، ح (٣٣٤٣) ، باب في التشديد في الدين (٣ : ٢٤٧) .
والنسائي في الجنائز ، باب الصلاة على من عليه دين .

(٢) ما مضى بين الحاصرتين سقط (ي ، س) .

(٣) أخرجاه في الصحيحين : البخاري في الفرائض ، ح (٦٧٣١) ، باب قول النبي ﷺ : « من ترك مالاً فلأهله » (١٢ : ٩) من فتح الباري ، ومسلم في الفرائض ، ح (٤٠٨٠) ، باب من ترك ما لا فلورثته (٥ : ٣٧٠) من طبعتنا .

(٤) حديث عقيل رواه البخاري في الكفالة ، ح (٢٢٩٨) ، باب الدين (٤ : ٤٧٧) من فتح الباري والترمذي في الجنائز ، ح (١٠٧٠) ، باب ما جاء في الصلاة على المديون (٣ : ٣٨١) .

(٣٢) باب القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب(*)

١٤٤٢ – قَالَ مَالِكٌ : إِذَا ابْتَاعَ الرَّجُلُ ثَوْباً وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ خَرْقٍ أَوْ غَيْرِهِ قَدْ عَلِمَهُ الْبَائِعُ ، فَشُهِدَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ، أَوْ أَقَرَّ بِهِ ، فَأَحْدَثَ فِيهِ الَّذِي ابْتَاعَهُ حَدَثاً مِنْ تَقْطِيعٍ يُنَقِّصُ ثَمَنَ الثَّوْبِ ، ثُمَّ عَلِمَ الْمُبْتَاعُ بِالْعَيْبِ ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْبَائِعِ ، وَلَيْسَ عَلَى الَّذِي ابْتَاعَهُ غُرْمٌ فِي تَقْطِيعِهِ إِيَّاهُ .

قَالَ : وَإِنِ ابْتَاعَ رَجُلٌ ثَوْباً وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرْقٍ أَوْ عَوَارٍ ، فَزَعَمَ الَّذِي بَاعَهُ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ ، وَقَدْ قَطَعَ الثَّوْبَ الَّذِي ابْتَاعَهُ ، أَوْ صَبَغَهُ ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْحَرْقُ أَوِ الْعَوَارُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ ، وَيُمْسِكُ الثَّوْبَ ، فَعَلَ ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَغْرَمَ مَا نَقَصَ التَّقْطِيعُ أَوِ الصَّبْغُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ ، وَيَرُدُّهُ ، فَعَلَ ، وَهُوَ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُبْتَاعُ قَدْ صَبَغَ الثَّوْبَ صِبْغاً يَزِيدُ فِي ثَمَنِهِ ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الثَّوْبِ ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَكُونَ شَرِيكاً لِلَّذِي بَاعَهُ الثَّوْبَ ، فَعَلَ ، وَيُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُ الثَّوْبِ وَفِيهِ الْحَرْقُ أَوِ الْعَوَارُ ، فَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ، وَثَمَنُ مَا زَادَ فِيهِ الصَّبْغُ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ ، كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي

(*) **المسألة : ٦٩٤** – تتعلق هذه المسألة بخيار العيب الذي هو خيار ثابت بالشرط دلالة ، والأصل في مشروعية هذا الخيار أحاديث منها : أن النبي ﷺ قال « المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا ، وفيه عيب إلا بينه له » .

أما حكم البيع لشيء معيب : هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال ؛ لأن ركن البيع مطلق عن الشرط ، ومن هنا يثبت فيه دلالة شرط سلامة المبيع عن العيوب فإذا لم تتوافر السلامة تأثر العقد في لزومه لا في أصل حكمه . =

= ومقتضى خيار البيع يترتب عليه أن يكون المشترى مخيرا بين أمرين : إما أن يمضى العقد ، وفي هذه الحالة يلتزم بأداء الثمن كاملا ، أو يفسخ العقد ، فيسترد الثمن إن كان قد دفعه ، ويعفى من أدائه إن لم يكن قد أداه ، وعليه أن يرد العين المعيبة إذا كان قد استلمها .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا تعيب المبيع في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي فيكون المشتري مخيرا بين قبوله ناقصا بجميع الثمن ولا شيء له ، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن .

فإن حصلت زيادة في المبيع بعد القبض (أي عند المشتري) ، فإن كانت هذه الزيادة متولدة من الأصل كسمن الدابة فلا تمنع الرد **عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية** ، ويبقى حكم العيب معها على موجبه الأصلي ، فإن رضي المشتري أن يردها مع الأصل ردها ، وإن أبى وأراد أن يأخذ نقصان العيب ، وأبى البائع إلا الرد ودفع جميع الثمن فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ليس للبائع أن يأبى ، وللمشتري أخذ نقصان العيب منه ؛ لأن الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع الفسخ عندهما إذا لم يوجد الرضا من صاحب الزيادة .

وإن كانت زيادة منفصلة ، فإن كانت متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن فإنها تمنع الرد عند **الحنفية** ؛ لأنها لو رد الأصل دونها تبقى للمشتري بلا مقابل وهو ممنوع شرعا ؛ لأنه ربا .

وقال الشافعية والحنابلة : لا تمنع هذه الزيادة الرد ، وهي للمشتري بعد القبض ؛ لأنها حدثت في ملك المشتري فلا تمنع الرد كالزيادة غير المتولدة ، ولما روي « أن رجلا ابتاع من آخر غلاما ، فأقام عنده ما شاء الله ، ثم وجد به عيبا ، فخاصمه إلى النبي ﷺ ، فرده عليه فقال : يا رسول الله قد استغل غلامي ، فقال : الخراج بالضمان » ، ومعناه أن فوائد المبيع للمشتري في مقابله أنه لو تلف كان من ضمانه ، وقيس الثمن على المبيع .

وحق الرد لا مانع فيه إن حدث عيب جديد عند المشتري بعد قبضه ، كأنه انكسرت يد الدابة المبيعة عند المشتري ، وظهر فيها مرض قديم ، كان عند البائع ؛ لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيبا بعيب واحد ، فلو رد بعيبين فيتضرر البائع ، وشرط الرد هنا أن يرد على الوجه الذي أخذ وإنما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالنقصان ولو زال العيب الحادث كما لو شفيت الدابة المريضة عاد الموجب الأصلي وهو حق الرد أما إن أسلف المشتري المبيع ، كما لو كان المبيع دابة فقتلها ، أو ثوبا فمزقه ، ثم علم بوجود العيب القديم فيه فيستقر الثمن المسمى نهائيا دون رجوع بنقصان ، أما إذا حصل في المبيع عيب عند المشتري ، ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان على البائع ولا يرد المبيع إلا أن يرى البائع أخذ المبيع بعينه فله أخذه ، وتعتبر قيمة النقصان يوم البيع .

مغني المحتاج (٢ : ٦١) ، المغني (٤ : ١١٤) ، حاشية الدسوقي (٣ : ١٢٧) ، بدائع الصنائع (٥ : ٢٨٤) ، رد المحتار (٤ : ٨٢ ، ١٠١) ، المهذب (١ : ٢٧٤) ، غاية المنتهى (٢ : ٤١) .

الثَّوْبِ ، لِكُلِّ واحِدٍ

مِنْهُمَا بقَدْرِ حِصَّتِهِ ، فَعَلَى حِسَابِ هذَا ، يكُونُ مَا زَادَ الصِّبْغُ فِي ثَمَنِ الثَّوْبِ[١] .

٣٢٨٢٠ - هكَذَا [هُوَ فِي « المُوطَّإِ »][٢] عِنْدَ جَمِيعِهِم .

٣٢٨٢١ - وقَوْلُهُ : قَدْ عَلِمَهُ البَائِعُ هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ القَاسِمِ عَنْهُ إِذا دَلَّس البَائِعَ بِالعَيْبِ .

٣٢٨٢٢ - [قَالَ ابْنُ القَاسِمِ ، عَنْ مَالِكٍ : « إِذَا دَلَّسَ بِالعَيْبِ][٣] ، وَهُوَ يَعْلَمُ ثُمَّ أَحْدَثَ المُشْتَرِي فِي الثَّوبِ صبغاً ينقصُ الثَّوْبَ ، أو قَطعَهُ قَمِيصاً ، أو مَا أَشْبَهَهُ ، فَإِنَّ المُشْتَرِي بِالخيارِ ، إِنْ شَاءَ حَبَسَ الثَّوْبَ ، وَرَجعَ عَلَى البَائعِ بِما بَيْنَ الصِّحَةِ وَالدَّاءِ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ ، ولاَ شَيْءَ عَلَيهِ .

٣٢٨٢٣ - وَإِنْ كَانَ الصَّبَّاغُ يزيدُ فِيهِ .. » ، فَذَكرَ مَا فِي « المُوطَّإِ » عَلى حَسبِ مَا أَوْرَدْنَاهُ .

٣٢٨٢٤ - وَقَولُ أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ كَقَولِ مَالِكٍ .

٣٢٨٢٥ - وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ : قَالَ مَالِكٌ : ولَو لَبِسَهُ المُشْتَرِي ، فَأَنْقَصَهُ لَبسُهُ ، فَعَلَيهِ مَا نقصَهُ لَبسُهُ إِنْ أَرادَ رَدَّهُ .

٣٢٨٢٦ - قَالَ مَالِكٌ : وَالتَّدْلِيسُ بِالحَيَوانِ وَغَيرُ التَّدْلِيسِ سَوَاءٌ ؛ لأَنَّ الحَيَوَانَ لَمْ يبعْهُ إِيَّاهُ عَلى أَنْ يقطَعَهُ ، وَالثِّيابُ اشْتراهَا لِتقطَعَ .

(١) الموطأ : ٧٥٠ - ٧٥١ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٧٢ - ٢٩٧٤) .

(٢) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٣) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

٣٢٨٢٧ - وَإذا اشترى حَيَوَاناً ، فَاعْوَرَّ عِنْدَهُ ، ثُمَّ اطَّلعَ عَلى عَيْبٍ لَمْ يكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ إِلا أَنْ يَرُدَّ مَعَهُ مَا نقص إِذا كَانَ عوراً ، أَو غَيْرَهُ مِنْ عَيْبٍ مُفْسِدٍ دلّسَ ، أَو لَمْ يدلّسْ ، وَمَا كانَ مِنْ عَيبٍ لَيْس بِمفسدٍ ، فَلهُ أَنْ يَردَّهُ ، وَلاَ يَردُّ مَعَهُ مَا نقصَهُ فِي الحَيَوانِ كُلِّهِ .

٣٢٨٢٨ - وَقَالَ اللَّيْثُ فِي الرَّجُلِ يَبْتاعُ الثَّوْبَ ، فَيقطعهُ ، ثُمَّ يَجِدُ فِيهِ العَيْبَ : فَإِنْ كَانَ مِثْلَ الخرقِ ، والرَّفوِ حَلفَ البَائِعُ بِاللَّهِ مَا عَلمَ ذَلِكَ فِيهِ .

٣٢٨٢٩ - وَأَمَّا مَا كَانَ مِنَ السّقطِ ، فَإِنَّهُ إِنْ علمَ إِنْ كَانَ عِنْدَ البَائعِ ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَيهِ ، وَيغْرمُ لَهُ البَائعُ ، أَجْرَ الخِياطَةِ .

٣٢٨٣٠ - وَقَالَ الثَّوريُّ : إِذا حَدَثَ بهِ عَيْبٌ عِنْدَ المُشْتَرِي ، وَاطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ لَمْ يَرُدَّهُ ، وَرَجَعَ بِقِيمَةِ العَيْبِ لَيْس لَهُ غيرُ ذَلِكَ ، وَرَجعَ عَلى البَائعِ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ الصِّحَّةِ وَالدَّاءِ .

٣٢٨٣١ - وَقَولُ الشَّافعيِّ فِي ذَلِكَ كَقَولِ الثَّوريِّ .

٣٢٨٣٢ - قَالَ الشَّافعيُّ : إِذا حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ عِنْدَ المُشْتَرِي ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ رَجَعَ بِقِيمَةِ العَيْبِ ، لَيْس لَهُ غيرُ ذَلِكَ ، إِلا أَنْ يَشَاءَ البَائعُ أَنْ يقبلَهُ ، وَلاَ يَأْخُذُ شيْئًا .

٣٢٨٣٣ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ : إِذَا خَاطَ الثَّوْبَ قَمِيصاً ، أَو صبغَهُ ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ رَجعَ بِقِيمَةِ العَيْبِ ، وَلَيْس لِلْبَائعِ أَنْ يقبلَهُ ، وَإِنْ قَطعَهُ قَمِيصاً ، وَلَمْ يخطْهُ ، ثُمَّ اطَّلعَ عَلى عَيْبٍ ، رَجعَ بالعَيْبِ ، إِلا أَنْ يشاءَ البَائعُ أَنْ يقبلَهُ ، وَيردَّ عَلَيهِ ثَمَنَهُ ، وَكَذَلِكَ إِذَا حَدثَ بِهِ عَيبٌ عِنْدَ المُشْتَرِي .

٣٢٨٢٤ - وَقَالَ الحَكَمُ بنُ عُتَيْبَةَ : يَرُدُّهُ فِي حُدُوثِ العَيْبِ ، وَيَرُدُّ مَا نقص

العَيْبُ الحَادِثُ عِنْدَهُ .

٣٢٨٣٥ - وَقالَ عُثْمانُ البتيُّ فِي الثَّوبِ والخَشبِ إِذَا قَطعَهما ، ثُمَّ وَجدَ عَيْباً رَدَّهُما مَقْطُوعَيْنِ ، وَلا شَيْءَ عَلَيهِ فِي القَطْعِ .

٣٢٨٣٦ - **قال أبو عمر** : القَطْعُ مِنَ المُشتَرِي فِي الثَّوْبِ ، وَالصبغُ الَّذِي ينقصهُ بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ الحَادِثِ بِهِ ، وَلاَ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَردَّه ، وَيَأْخُذَ ثَمنَهُ الَّذِي أَعْطاهُ فِيهِ إِلا أَنْ يَكُونَ الثَّوْبُ بِحَالِهِ كَما أَخَذَهُ ، وَأَمَّا إِذا زَادَ الصّبغُ فِي الثَّوبِ ، فَهُوَ عين مَا لِلْمُشْتَرِي ، وَلِذَلِكَ كَانَ الجَوَابُ فِيهِ كَما قَالَ مَالِكٌ ، وَمَنِ اتَّبعَهُ فِي ذَلِكَ .

٣٢٨٣٧ - وَأَمَّا مَنْ لَمْ يَرَ لِلْمُشْتَرِي إِذا حَدثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ ، ثُمَّ اطَّلعَ عَلى عَيْبٍ كَانَ لِلْبَائعِ أَنْ يَرُدَّ مَا وَجدَ بِهِ العَيْبَ ، وَلأَنَّهُ شَيْءٌ إِلا أَنْ يرجعَ بِقِيمَةِ الَّذِي كَانَ عِنْدَ البَائعِ ، فَلِمَا وَصَفْنا ؛ لأَنَّ الثَّوبَ قَدْ دَخَلَهُ مَا غَيَّرَهُ عَنْ حَالِهِ الَّتِي بَاعَها عَلَيهِ البَائعُ ، فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي إِلا الرُّجُوعُ بِما دلسَ لَهُ بِهِ البَائعُ ، وَسَواءٌ عَلمَ أَو لَمْ يَعْلَمْ عِنْدَهُم ؛ لأَنَّ الخَطَأَ فِي ذِهابِ الأَمْوَالِ كَالعَمْدِ .

٣٢٨٣٨ - وَقولُ مَنْ قَالَ : يُرَدُّ المَبِيعُ بِالعَيْبِ ، فَيردُّ مَعَهُ قِيمَةَ مَا حدثَ عِنْدَهُ مِنَ العَيْبِ ، فَهُو اعْتِبارُ ذَلِكَ المَعْنى ؛ لأَنَّهُ إِذَا رَدَّ قِيمَةَ مَا حدثَ عِنْدَهُ مِنَ العَيْبِ ، فَكَأَنَّهُ رَدَّهُ رده بِحَالِهِ ؛ لأَنَّهُ قَدْ أَخَذَ النُّقْصانَ بِالعَيْبِ الحَادِثِ عِنْدَ المُشْتَرِي حَقَّهُ .

٣٢٨٣٩ - وَأَمَّا قَولُ عُثْمانَ البتيِّ ، فَقَولٌ ضَعِيفٌ ، وَكَأَنَّهُ لما قَالَ لَمْ يَبِنْ لَهُ العَيْبُ ، فَقَدْ سلطَهُ عَلى القَطعِ ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ فِيهِ ،

وَقَدْ بَيَّنَ مَالِكٌ الفَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ الثِّيَابِ وَالحَيوانِ فِيمَا حكاهُ ابْنُ القَاسِمِ عَنْهُ ، وَالمُخالِفُ لَهُ يَقُولُ : لاَ فَرْقَ بَيْنَ الحَيَوانِ وَالثِّيابِ ؛ لأَنَّ البَائعَ كَما أَذنَ لَهُ فِي القَطعِ ،

وَاللّبس كَذَلِكَ أَذنَ لَهُ فِي الوَطْءِ والتَّأْديبِ .

٣٢٨٤٠ - وَقَدْ أَجْمَعَ القَائِلُونَ بِرَدِّ الثَّوْبِ المَوْجُودِ فِيهِ العَيْبُ أَنَّهُ إِذَا لَبسَهُ لبساً يبْلِيه بِهِ أَنَّهُ لاَ يَرُدُّهُ إِلاَّ وَيردُّ مَعَهُ مَا نَقصَهُ اللَّبسُ ، وَالأَكْثَرُ يَقُولُونَ : إِنَّهُ لاَ يَرُدُّهُ ، وَأَنَّ لَهُ قِيمَةَ العَيْبِ .

* * *

(٣٣) باب ما لا يجوز من النحل(*)

١٤٤٣ - مَالِكٌ ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوْفٍ ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النعمَانِ بْنِ بَشِيرٍ ؛ أَنَّهمَا حَدَّثَاهُ عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُ قَالَ : إِنَّ أَبَاهُ بَشِيراً أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هذَا ، غُلاَماً كَانَ لِي ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هذَا ؟ » فَقَالَ : لاَ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ « فَارْتَجِعْهُ »(١) .

(*) **المسألة : ٦٩٥ - قال الشافعية والمالكية** وأبو يوسف من **الحنفية** وهو رأي الجمهور : يستحب للأب أن يسوي بين الأولاد الذكور والإناث في العطية ، فتعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر ؛ لقوله ﷺ : « سووا بين أولادكم في العطية ، ولو كنت مؤثراً لآثرت النساء على الرجال » ، وفي رواية للبخاري : « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » .

وقال الحنابلة ، ومحمد من **الحنفية** : للأب أن يقسم بين أولاده على حق قسمة الله تعالى في الميراث ، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأن الله تعالى قسم بينهم كذلك وأولى ما أقتدي به : هو قسمة الله ..

وانظر في هذه المسألة : مغني المحتاج (٢ : ٤٠١) ، المهذب (١ : ٤٤٦) ، غاية المنتهى (٢ : ٣٣٥) ، المغني (٥ : ٦٠٤) ، كشاف القناع (٤ : ٣٤٢) .

(١) الموطأ ٧٥١ - ٧٥٢ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٣٨) ومن حديث مالك أخرجاه في الصحيح : البخاري في الهبة (٢٥٨٦) ، باب الهبة للولد (٥ : ٢١١) من فتح الباري ومسلم في الهبات (١٦٢٣) ، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، (٣ : ١٢٤١ - ١٢٤٢) ط . عبد الباقي ، ح (٤٠٩٩) في طبعتنا والنسائي أيضاً من حديث مالك في النحل (٦ : ٢٥٨) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ : ٨٤) .

وأخرجه مسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عيينة مسلم في الهبات ، ح (٤١٠٠ - ٤١٠١) ،باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (٥ : ٣٧٩) من طبعتنا ، والترمذي في الأحكام (١٣٦٧) ، باب ما جاء في النحل والتسوية بين الولد (٣ : ٦٤٩) . والنسائي في النحل (٦ : ٢٥٨ - ٢٥٩) ، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر =

٣٢٨٤١ - **قال أبو عمر** : قَالَ صَاحِبُ كِتَابِ « العَيْنِ » : النُّحْلُ ، وَالنُّحْلَةُ العَطَايَا [بِلاَ اسْتِعَاضَةٍ][1] .

٣٢٨٤٢ - وَقِيلَ فِي قَولِهِ عَزَّ وجلَّ : ﴿ وآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] أيْ هِبَةٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ تَعالى لَهُنَّ ، وَفَرِيضَةٌ عَلَيكُم .

٣٢٨٤٣ - وَبِهَذَا المَعْنى رَوَى جَمَاعَةُ أَصْحَابِ ابْنِ شِهَابٍ هَذَا الحَدِيثَ ، إلا أَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ فِيه : « فَارْتَجِعْهُ » .

٣٢٨٤٤ - وَبَعْضُهُمْ قالَ : « فَارْدُدْهُ » .

٣٢٨٤٥ - وَالمَعْنى عِنْدَهُم فِيهِ وَاحِدٌ .

= النعمان بن بشير في النحل . وابن ماجه في الهبات (٢٣٧٦) ، باب الرجل ينحل ولده (٢ : ٧٩٥) وروى من حديث عروة عن النعمان بن بشير أخرجه من هذا الوجه مسلم ، ح (٤١٠٢) من طبعتنا (الموضع السابق) . وأبو داود في البيوع ، ح (٣٥٤٣) ، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل (٣ : ٢٩٢) . والنسائي في النحل (٦ : ٢٥٩) وروي من حديث الشعبي عن النعمان بن بشير أيضاً ، أخرجه من هذا الوجه : البخاري في الهبة ، ح (٢٥٨٧) ، باب الإشهاد في الهبة (٥ : ٢١١) من فتح الباري . وفي الشهادات ، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد ومسلم في الهبة ، ح (٤١٠٣ - ٤١٠٨) (الباب المذكور سابقاً) (٥ : ٣٨٠ - ٣٨٢) من طبعتنا ، وأبو داود في البيوع ، ح (٣٥٤٢) ، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل (٣ : ٢٩٢) . والنسائي في النحل (٦ : ٢٥٩ - ٢٦٠) ، (الباب المذكور سابقاً) وفي القضاء (في سننه الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٩ : ٢٣) . وابن ماجه في الهبات ، ح (٢٣٧٥) ، باب الرجل ينحل ولده (٢ : ٧٩٥) .

ووقع حديث النعمان بن بشير في **التمهيد** (٧ : ٢٢٣) وما بعدها .

ومعرفة السنن (١٢٣٥٨) (٩ : ٦١) ، وما بعدها .

(١) زيادة من **التمهيد** ، وانظر اللسان (م . نحل) ص (٤٣٦٩) ، ط . دار المعارف .

٣٢٨٤٦ - وقَدْ تَابَعَهُ على هَذا المَعْنى هِشَامُ بنُ عرْوَةَ ، [عَنْ أَبيهِ ، عَنِ النُّعمانِ ابْنِ بشير][1] [على اختلاف في ذلك . وقد روى هذا الحديث عن النعمان بن بشير][2] جَماعَةٌ مِنْهُم : الشَّعْبيُّ بِأَلْفَاظٍ مُخْتَلِفَةٍ قَدْ ذَكَرْتُها فِي « التَّمْهِيدِ »[3] وَأَثْبَتُها هُنَاكَ بِالأَسَانِيدِ .

٣٢٨٤٧ - قَرَأْتُ على عَبْدِ الوَارِثِ بْنِ سُفْيَانَ ، قَالَ : حَدَّثَنِي قَاسِمُ بْنُ أَصْبَغ ، قالَ : حَدَّثني أَبُو قلاَبَةَ ، قالَ : حدَّثَنِي عَبْدُ الصَّمَدِ ، قالَ : حدَّثني شُعْبَةُ ، عَنْ سَعْدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ، عَنْ عروَةَ بْنِ الزُّبيرِ ، عَنِ النُّعمانِ بْنِ بشيرٍ أَنَّ أَبَاهُ نَحلَهُ نحلاً ، فَأَتَى النَّبيَّ ﷺ لِيشْهِدَهُ ، فَقالَ : « أَكُلَّ بَنِيكَ أَعْطَيْتَ مِثْلَ هَذَا » ؟ قَالَ : لا ، فَأَبى أَنْ يَشْهَدَ .

٣٢٨٤٨ - وَكَذَلِكَ رَوَاهُ أَبُو مُعَاوِيَةَ عَنْ هِشَامٍ [بْنِ عُرْوَةَ ، عَنِ النُّعمانِ ،

٣٢٨٤٩ - وَرَوَاهُ جَرِيرٌ عَنْ هِشَامٍ][4] عَنْ أَبِيهِ ، عَنِ النُّعمانِ ، وَقَالَ فِيهِ : « فَارْدُدْهُ » ،

٣٢٨٥٠ - وَقَالَ فِيهِ حصينٌ ، عَنِ الشعبيِّ : سَمِعْتُ النُّعمانَ بْنَ بَشيرٍ عَلى المِنْبَرِ يَقُولُ : أَعْطَانِي أَبِي عَطِيَّةً ، فَقالَتْ عمْرةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لاَ أَرْضى حَتَّى تُشْهِدَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَأَتى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَتْ : إِنِّي أَعْطَيْتُ ابْنِي مِنْ عَمْرةَ بنْتِ رَواحَةَ عَطِيَّةً ، فَأَمَرَتْنِي أَنْ أُشْهِدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَقَالَ : « أَعطَيْتَ أَولاَدَكَ مِثْلَ سَائِرِ وَلَدِكَ ، مِثْلَ

---

(١) سقط ما بين الحاصرتين في نسخة (ط) .

(٢) ما بين الحاصرتين سقط في (ك) .

(٣) (٧ : ٢٢٣) .

(٤) سقط في (ي ، س) .

هَذا » ؟ [قَالَ : لاَ][1] ، فقالَ : « فَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بيْنَ أَوْلادِكُمْ » ، قالَ : فَرَجَعَ ، فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ ، فَلَمْ يُذْكَرْ فِي هَذَا الحَدِيثِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمرَهُ بِرَدِّ العَطِيَّةِ ، وَإِنَّما فِيهِ أَنَّهُ رَجعَ ، فردَّ العَطِيَّةَ إِذْ أَمرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالعَدْلِ بَيْنَ أَوْلادِهِ .

٣٢٨٥١ - وَرَواهُ هشيمٌ ، قالَ : أَخْبَرنا سيارٌ ، وَمُغِيرَةُ ، وَدَاوُدُ بْنُ أَبي هِنْدٍ ، وَمُجَالِدٌ ، وَإِسْمَاعِيلُ بْنُ سَالِمٍ ، عَنِ الشعبيِّ ، عَنِ النُّعمانِ بْنِ بشيرٍ ، قالَ أَنْحلني أَبي نحلاً - قالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَالِمٍ مِنْ بَيْنِ القَومِ : نحله غُلاَماً له - وَذَكرَ الحَدِيثَ نَحْوَ رِوَايَةِ حصينٍ عَنِ الشعبيِّ .

٣٢٨٥٢ - وَفِيهِ قَالَ لَهُ : « أَلَكَ وَلَدٌ سِوَاهُ » ؟ قَالَ : قُلْتُ : نعَمْ ، قَالَ : « أَكُلَّهُم أَعْطَيْتَهُم مِثْلَ مَا أَعْطَيْتَ النُّعمانَ » ؟ قُلْتُ : لاَ .

٣٢٨٥٣ - قَالَ هشيمٌ ؛ فَقالَ بَعْضُ هَؤُلاءِ المُحَدِّثِينَ : هَذا جَورٌ وَقالَ بَعْضُهم : هَذِهِ تلحيةٌ ، فَأَشْهِدْ عَلى هَذا غَيرِي » .

٣٢٨٥٤ - وَقالَ مُغِيرةُ فِي حَدِيثِهِ : « أَلَيس يَسُرُّكَ أَنْ يكُونُوا فِي البِرِّ وَاللُّطْفِ سَوَاءٌ ؟ قالَ : نَعَمْ ، قَالَ : فَأَشْهِدْ عَلى هَذا غَيرِي » .

٣٢٨٥٥ - وَذكرَ مُجَالِدٌ فِي حَدِيثِهِ « إِنَّ لَهُم عَلَيكَ مِنَ الحَقِّ أَنْ تَعْدِلَ بَيْنَهُم كَما أَنَّ لَكَ مِنَ الحَقِّ أَنْ يبرُّوكَ » .

٣٢٨٥٦ - فَهَذِهِ الأَلْفَاظُ كُلُّها تَدُلُّ عَلى جَوازِ العَطِيَّةِ عَلى كَرَاهَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَها مِنْ أَجْلِ مَا خافَ عَلَيهِ مِنْ دُخُولِ العقوقِ عَلَيهِ مِنْ بَنِيهِ .

٣٢٨٥٧ - وَلَيْسَ فِي هَذِهِ الأَلْفَاظِ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِرَدِّ العَطِيَّةِ .

---

(١) سقط في (ك) .

٣٢٨٥٨ - وَاخْتَلَفَ أَهْلُ العِلْمِ فِي الرَّجُلِ يُعْطِي بَعْضَ وَلَدِهِ دُونَ بَعْضٍ :

٣٢٨٥٩ - فَقالَ طَاووسٌ : لاَ يَجُوزُ لأَحَدٍ أَنْ يُفَضلَ بَعْضَهُ عَلى بَعْضٍ ، فَإِنْ فعلَ لَمْ ينفذْ ، وَفسخَ .

٣٢٨٦٠ - وَبِهِ قَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ .

٣٢٨٦١ - وَرُوِيَ مِثْلُهُ عَنْ أَحْمَدَ .

٣٢٨٦٢ - وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ قَولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « فَارْتَجِعْهُ » ، وَقَولُهُ « فَارْدُدْهُ » مِنْ حَدِيثِ مَالِكٍ وَغَيرِهِ .

٣٢٨٦٣ - وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّورِيُّ ، وَالشَّافعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحابُهم : لا بَأْسَ أَنْ يفضلَ بَعْضَ وَلَدِهِ بِالنِّحلَةِ دُونَ بَعْضٍ ، وَيُؤْثرَهُ بِالعَطِيَّةِ دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ ، وَهُمْ مَعَ ذَلِكَ يكْرَهُونَ ذَلِكَ عَلى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَنْهُم ، وَالتَّسْوِيَةَ فِي العَطَايَا إِلى البَنِينَ أَحَبُّ إِلى جَمِيعِهم .

٣٢٨٦٤ - وَكَانَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - يَقُولُ : إِنَّمَا مَعْنى هَذا الحَدِيثِ الَّذِي جَاءَ فِيهِ فِيمَنْ نَحلَ بَعْضَ وَلَدِهِ مَالَهُ كُلَّهُ .

٣٢٨٦٥ - قَالَ : وَقَدْ نَحلَ أَبُو بَكْرٍ عَائِشَةَ دُونَ وَلَدِهِ **قال أبو عمر** : ذَكَرَهُ فِي « المُوَطَّأ » ، عَنْ هِشَامٍ ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبيْرِ .

١٤٤٤ - عَنْ عَائِشَةَ أَنَّها قَالَتْ : إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ نَحَلَها جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقاً مِنْ مَالِه بِالغابَةِ ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الوفَاةُ ، قَالَ : وَاللَّهِ يَاابْنَتِي مَا مِنَ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِليَّ غِنىً بَعْدِي مِنْكَ ، وَلاَ أعزُّ عَلَيَّ فَقْراً بَعْدِي مِنْكَ ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ جَادَّ عشرين وسقًا فلو كُنْتِ جددتيه ، وَاحتزتِيهِ كَانَ لَكِ ، وَإِنَّما هُوَ

اليومَ مَالُ وَارِثٍ وإِنَّما هُمَا أَخوَاكِ ، وأُختاكِ ، فَاقتَسمُوهُ عَلى كِتابِ اللَّهِ (عزَّ وجلَّ) .

قَالَتْ عَائِشَةُ : فَقُلْتُ : يَا أَبَت ! وَاللَّهِ لَو كَانَ كَذَا وكَذَا لَتَرَكْتُهُ ، إِنَّما هِيَ أَسْمَاءُ ، فَمَنَ الأُخْرى ؟ قَالَ أَبُو بَكْرٍ : ذو بَطْنِ بِنْتَ خَارِجَةَ[١] أُرَاهَا جَارِيةً[٢] .

٣٢٨٦٦ - **قال أبو عمر** : فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ هَذا أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الهِبَةِ قَبْضَ المَوْهُوبِ لَها قَبْلَ مَوتِ الوَاهِبِ قَبْلَ المَرَضِ الَّذي يكُونُ مِنْهُ مَوتُهُ ، وَسَنْذكُرُ مَا لِلْفُقهاءِ فِي مَعْنى قَبْضِ الهِبَةِ وَحِيازَتِها بَعْدُ فِي هَذَا البَابِ عِنْدَ قَولِ عُمَرَ : مَا بَالُ رِجَالٍ يَنحلُونَ أَبْنَاءَهُم نحلاً ، ثُمَّ يُمْسكُونَها ... الحَديث .

٣٢٨٦٧ -وَفِي هَذا حَديثُ عَائِشَةَ هَذا جَوازُ الهِبَةِ المَجْهُولِ عَيْنُها إِذَا عُلمَ

---

(١) أي صاحب بطنها ، يريد الحمل الذي فيه .

وقوله (رضي الله عنه) : أراها جارية : يعني أنثى .

قال القاضي عياض : فكان كما ظن (رضي الله عنه) ، سميت أم كلثوم . وقال بعضهم ، وذلك لرؤيا رآها أبو بكر (رضي الله عنه) .

(٢) الموطأ : ٧٥٢ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٣٩) ، (جاد عشرين وسقا) قال عياض : أي ما يجد منه هذا القدر ، والجاد هنا ، بمعنى المجدود ، وجد أي قطع . وقال ثابت : يعني أن ذلك يجد منها . وقال الأصمعي : هذه أرض جاد مائة وسق ، أي يجد ذلك منها ، فهو صفة للنخل التي وهبها ثمرتها ، يريد نخلاً يجد منها عشرون وسقا . (**بالغابة**) موضع على بريد من المدينة في طريق الشام . (**ولا أعز**) أي أشق وأصعب . (**جددتيه**) أي قطعتيه . (**واحتزتيه**) أي حزتيه . (**لو كان لي كذا وكذا**) كناية عن شيء كثيراً أزيد مما وهبه بها . (ذو بطن بنت خارجة) قال عياض : أي صاحب بطنها ، يريد الحمل الذى فيه . (أراها) أي أظنها . (**جارية**) أي أنثى ، فكان كما ظن رضي الله عنه . سميت أم كلثوم . وقال بعض الفقهاء : وذلك لرؤيا رآها أبو بكر .

مَبْلغُها ، وَجَوَازُ هِبَةِ المَشَاعِ أيضاً .

٣٢٨٦٨ - وَفِيهِ : أنَّ الغِنى أحَبُّ إلى الفُضلاءِ مِنَ الفَقْرِ .

٣٢٨٦٩ - وأمَّا إعْطَاءُ الرَّجُلِ بَعْضَ وَلَدِهِ [دُونَ بَعْضٍ ، وَتَفْضِيلُ بَعْضِهِم على بَعْضٍ][1] ، فَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ .

٣٢٨٧٠ - قَالَ الشَّافعيُّ : تَرْكُ التَّفْضِيلِ فِي عَطِيَّةِ الأبْناءِ فِيهِ حُسْنُ الأدَبِ ، وَيَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ فِي الحُكْمِ .

٣٢٨٧١ - قَالَ : وَلَهُ أنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ لابْنِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبيِّ ﷺ : « فَارْجِعْهُ » .

٣٢٨٧٢ - **قال أبو عمر** : رُوِيَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ أبي الشَّعْثاءِ أنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي التَّفْضِيلِ بيْنَ الأبْناءِ فِي النحلِ : [يُجَوِّزُهُ فِي الحُكْمِ][2] وَيَقْضِي بِهِ .

٣٢٨٧٣ - وَقَالَ طَاوُسٌ : لا يَجُوزُ وَإنْ كَانَ رَغِيفاً مُحْتَرِقاً .

٣٢٨٧٤ - وَبِهِ قَالَ بَعْضُ أهْلِ الظَّاهِرِ .

٣٢٨٧٥ - وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِأنَّ هَذا الحَدِيثَ عَلى النَّدْبِ ، بِنَحْوِ مَا اسْتَدَلَّ بِهِ مَالِكٌ مِنْ عَطِيَّةِ أبي بكْرٍ عَائِشَةَ دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ .

٣٢٨٧٦ - وَبِما ذَكَرْناهُ مِنْ رِوَايَةِ دَاوُدَ وَغَيرِهِ عَنِ الشَّعْبيِّ ، عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشيرٍ ، عَنِ النبيِّ ﷺ : « أيَسُرُّكَ أنْ يَكُونُوا لَكَ فِي البِرِّ كُلُّهم سَوَاءً ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قَالَ : « فَأشْهِدْ عَلى هَذا غَيْرِي » .

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ك) .

٣٢٨٧٧ – قَالَ : وَهَذا يَدُلُّ عَلى صِحَّةِ الهِبَةِ ؛ لأنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِردِّها وأَمَرَه بتأْكِيدِها بِإِشْهادِ غَيْرِهِ عَلَيها ، ولَمْ يَشْهَدْ هُوَ عَلَيها لِتَقْصِيرِهِ عَنْ أَوْلى الأشْياءِ بِهِ ، وتَرَكَ الأَفْضَلَ لَهُ .

٣٢٨٧٨ – وَقَالَ الثَّوريُّ : لا بَأْسَ أَنْ يَخُصَّ الرَّجُلُ بَعْضَ وَلَدِهِ بِما شَاءَ .

٣٢٨٧٩ – [وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الثَّوريِّ أَنَّهُ كَرِهَ أَنَّ القَضاءَ أَنْ يفضلَ الرَّجُلُ بَعْضَ وَلَدِهِ على بَعْضٍ فِي العَطِيَّةِ][1] .

٣٢٨٨٠ – وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحابُهُ : مَنْ أَعْطى بَعْضَ وَلَدِهِ دُونَ بَعْضٍ كَرِهْنا ذَلِكَ لَهُ ، وأَمْضَيْناهُ عَلَيهِ .

٣٢٨٨١ – وَقَدْ كَرِهَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ المُبارَكِ ، وأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ أَنْ يفضلَ بَعْضَ وَلَدِهِ عَلى بَعْضٍ .

٣٢٨٨٢ – وَكانَ إِسْحاقُ يَقُولُ مِثْلَ هَذا ، ثُمَّ رَجعَ إلى قَولِ الشَّافِعِيِّ .

٣٢٨٨٣ – وَكُلُّ هَؤُلاءِ يَقُولُونَ إِنْ فَعلَ هَذا أَحَدٌ نفذَ ، ولَمْ يردَّ .

٣٢٨٨٤ – ولَمْ يُخْتَلَفْ فِي ذَلِكَ عَنْ أَحْمَدَ .

٣٢٨٨٥ – وأَصحُّ شَيْءٍ عَنْهُ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ الخرقيُّ[2] فِي مُخْتَصَرِهِ عَنْهُ قَالَ : فَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وَلَدِهِ فِي العَطِيَّةِ أُمِرَ بِرَدِّهِ ، كَما أَمَرَ النَّبيُّ ﷺ ، فَإِنْ مَاتَ ، ولَمْ يردُدْهُ ، فَقَدْ ثَبَتَ لِمَنْ وُهِبَ لَهُ إِذا كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ .

٣٢٨٨٦ – وأَمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحلْتَهُ مِثْلَ ذَلِكَ » ؟

---

(١) سقطت هذه الفقرة في (ي ، س) .

(٢) تقدم في (٤ : ٥٢٦٢) .

فَإِنَّ العُلماءَ مُجْمِعُونَ عَلى استِحْبابِ التَّسْوِيَةِ فِي العَطِيَّةِ بَيْنَ الأَبْناءِ إِلا مَا ذَكَرْنا عَنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ مِنْ إِيجابِ ذَلِكَ .

٣٢٨٨٧ - إِلا أَنَّ الفُقَهاءَ فِي استِحْبابِهِم للتَّسْوِيَةِ بَيْنَ الأَبْناءِ فِي العَطِيَّةِ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُم فِي العَطِيَّةِ :

٣٢٨٨٨ - فَقالَ مِنْهُم قائِلُونَ : التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُم أَنْ يُعْطِيَ الذَّكَرَ مِثْلَ مَا يُعْطِي الأُنْثى ، وَمِمَّنْ قالَ ذَلِكَ سُفْيانُ الثَّورِيُّ ، وابْنُ المُبارَكِ .

٣٢٨٨٩ - قَالَ ابْنُ المُبارَكِ : أَلاَ تَرى أَنَّ الحَدِيثَ يُرْوى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « سَوُّوا بَيْنَ أَولادِكُم ، فَلَو كُنْتُ مُؤْثِراً أَحَداً أَثَرتُ النِّساءَ على الرِّجَالِ » .

٣٢٨٩٠ - وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ وَأَهْلُ الظَّاهِرِ .

٣٢٨٩١ - وَقَالَ آخَرُونَ : التَّسْوِيَةُ أَنْ يُعْطى الرَّجُلُ مِثْلَ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، قِياساً عَلَى قَسمِ اللَّهِ تَعالى المِيراثَ بَيْنَهُم ، وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ عَطاءُ بْنُ أَبِي رَباحٍ .

٣٢٨٩٢ - وَهُوَ قَولُ مُحمدِ بْنِ الحَسَنِ ، وَإِلَيهِ ذَهَبَ أَحْمَدُ ، وَإِسْحاقُ .

٣٢٨٩٣ - وَلا أَحْفَظُ لِمَالِكٍ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قَولاً .

٣٢٨٩٤ - وَأَمَّا قَولُهُ ﷺ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ فِي هَذَا البَابِ : « فَارْجِعْهُ » فَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ للأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ لابْنِهِ ، [فَقَدِ اخْتَلَفَ العُلَماءُ أَيضاً فِي هَذا المَعْنى .

٣٢٨٩٥ - فَذَهَبَ مَالِكٌ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ المَدِينَةِ إِلى أَنَّ للأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَ لابْنِهِ][1] .

٣٢٨٩٦ - وَمَعْنى الاعْتِصَارِ عِنْدَهُم الرُّجُوعُ فِي الهِبَةِ .

---

(١) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

٣٢٨٩٧ - ولَيْسَ ذَلِكَ عِنْدَهُم لِغَيرِ الأَبِ ، إِلا أَنَّ الأُمَّ عِنْدَهُم إِذا وَهَبَتْ لابْنِها شَيْئاً ، وَهُمْ أَيْتامٌ لَمْ تَرْجِعْ فِي هِبَتِها ؛ لأَنَّها فِي مَعْنَى الصَّدَقَةِ حِينَئِذٍ ، وإِنْ لَمْ يَكُونُوا أَيْتاماً ، وكانَ أَبُوهم حيّاً كَانَ لَها أَنْ تَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَتْهُ لِوَلَدِها .

٣٢٨٩٨ - هَذا هُوَ الأَشْهرُ عَنْ مَالِكٍ ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّها لاَ تَرْجِعُ أَصْلاً .

٣٢٨٩٩ - ولَمْ يُخْتَلَفْ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الجَدَّ لا يَرْجِعُ فِيمَا وَهَبَ لابْنِ ابْنِهِ .

٣٢٩٠٠ - وكَذَلِكَ لَمْ يَخْتَلِفْ قَولُ مَالِكٍ ، وأَصْحَابِهِ أَنَّ الوَلَدَ إِذا وَهَبَ لَهُ أَبُوهُ هِبَةً ، ثُمَّ اسْتَحْدَثَ الوَلَدُ دَيْناً دَايَنَهُ النَّاسُ عَلَيهِ مِنْ أَجْلِ الهِبَةِ ، أَو نكحَ ، لَمْ يَكُنْ للأَبِ - حِينَئِذٍ - الرُّجُوعُ فِي شَيْءٍ مِنْ هِبَتِهِ لِوَلَدِهِ .

٣٢٩٠١ - وهَذا كُلُّهُ فِي الهِبَةِ .

٣٢٩٠٢ - فَأَمَّا الصَّدَقَةُ ، فَإِنَّهُ لاَ رُجُوعَ فِيها للأَبِ ، ولاَ لِغَيرِ أَبٍ بِحالٍ مِنَ الأَحْوَالِ ؛ لأَنَّ الصَّدَقَةَ إِنَّما يُرَادُ بِها وَجْهَ اللَّهِ تَعالى ، وَمَا أُرِيدَ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ لَمْ يَجُزِ الاعْتِصارُ والرُّجُوعُ فِيهِ ، وَسَنَذْكُرُ مَا لِسَائِرِ العُلَماءِ مِنَ المَذَاهِبِ فِي الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ فِي بَابِ الاعْتِصارِ فِي الهِبَةِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى ، أَولى المَوَاضعِ بِذَلِكَ .

٣٢٩٠٣ - وإِنَّما ذَكَرْنا هُنَا قَولَ مَالِكٍ ؛ لِمَا ارْتَبطَ بِهِ مِنْ مَعْنَى الحَدِيثِ المُسْنَدِ .

٣٢٩٠٤ - وأَمَّا قَولُ أَبِي بَكْرٍ فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ هَذا : إِنَّما هُمَا أَخَوَاكَ وأُخْتاكَ ، فَقالَتْ لَهُ عَائِشَةُ : إِنَّما هِيَ أَسْمَاءُ ، فَمَنِ الأُخْرى ؟ فَأَجَابَها أَبُو بَكْرٍ ، وقَالَ : « إِنَّ ذَا بَطْنِ بِنْتِ خَارِجَةَ أُرَاها جَارِيَةً ، فَهذا مِنْهُ - رضي الله عنه - ظَنٌّ لَمْ نخطئهُ ، فكانتَ ذُو بطنِ بنتِ خَارِجَةَ جَارِيَةً أَتَتْ بَعْدَهُ ، فَسُمِّيَتْ أُمُّ كُلْثُومٍ .

٣٢٩٠٥ - وأَمَّا بِنْتُ خَارِجَةَ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَاسْمُها حبيبةُ بِنْتُ خَارِجَةَ بْنِ زَيْدِ

ابْنِ أبي زُهيرٍ[١] الَّذِي آخى رَسُول اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُ، وبَيْنَ أبي بكر إِذْ قَدِمَ المَدِينَةَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وآخى بَيْنَ المُهاجِرِينَ وَالأَنْصارِ وكانَ قَولُ أبي بكرٍ ظَنا كَاليَقِينِ.

٣٢٩٠٦ - وَالعَرَبُ تَقُولُ: [ظَنُّ الحَلِيم مهَابة.

٣٢٩٠٧ - وتقول][٢]، أيضاً: « مَنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِظَنِّهِ، لَمْ يَنْتَفِعْ بيقينه »،

٣٢٩٠٨ - وَتَقُولُ أيضاً: « الظَّنُّ مِفْتاحُ اليَقِينِ ».

٣٢٩٠٩ - وقال أوس بن حجر[٣]:

الأَلْمَعِيُّ الذي يَظُنُّ لكَ الظَّنْـ ∴ ـنَ كَانْ قَدْ رأى وَقَدْ سَمِعَا[٤].

٣٢٩١٠ - وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُثْمانَ، وَعَلِيٍّ - رضي الله عنهما -

٣٢٩١١ - وَمِمَّا يُمْدَحُ بِهِ الظَّنُّ قَولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: « لاَ يَمُوتَنَّ أَحَدُكُم إِلا وَهُوَ حَسَنُ الظَّنِّ بِاللَّهِ عَزَّ وجلَّ »[٥].

---

(١) انظر ترجمتها في الإصابة (٨ : ٤٨).

(٢) ما بين الحاصرتين من (ط) فقط.

(٣) تقدم في (١٤ : ١٩٢٩٦).

(٤) من بحر المنسرح قاله الشاعر أوس بن حَجَر الأسيدي، من بني أسيد بن عمرو بن تميم، يرثي فضاله ابن كلدة أحد بني أسد بن خزيمة:

أيتها النفس أجملي جزعا ∴ إن الذي تحذرين قد وقعا
إن الذي جمع السماحة والنـ ∴ ـنجدة والحزم والقوى جمعا
الألمعي الذي يظن لك الظنـ ∴ ـن كأن قد رأى وقد سمعا

والألمعيُّ: قوي القلب واللسان

والأبيات في ديوان أوس، ص: ٥٣، القطعة (٢٦)، والكامل للمبرد (٣ : ١٤٠٠).

(٥) رواه الإمام أحمد في مسنده (٣ : ٢٩٣، ٣٢٥، ٣٣٠، ٣٣٤، ٣٩٠)، من حديث جابر بن عبد الله (رضي الله عنهما).

=

٣٢٩١٢ – وَقالَ ﷺ حاكيا عَنِ اللّهِ تَعالى : « أنَا عِنْدَ ظَنِّ عَبْدِي بِي ، فَلْيظُنَّ بِي مَا شَاءَ »(١) .

٣٢٩١٣ – وَقالَ الحَسَنُ البَصْرِيُّ فِي أنَّ المُؤْمِنَ أحْسَنَ الظَّنَّ ، فَأحْسَنَ العَمَلَ .

٣٢٩١٤ – [قال أبو عمر :](٢) وأمّا ظَنُّ الفَاسِقِ ، [وَالكَافِرِ](٣) ، وَالمُنَافِقِ فَمَذْمُومٌ غَيْرُ مَمْدُوحٍ .

٣٢٩١٥ – قَالَ اللّهُ تَعالى فِيهم : ﴿ وَظَنَنْتُمْ ظَنَّ السَّوْءِ وَكُنْتُمْ قَوماً بُوراً ﴾ [الفتح : ١٢] .

٣٢٩١٦ – وَقالَ النَّبيُّ ﷺ : « إيَّاكُم وَالظَّنَّ ، فَإنَّ الظَّنَّ أكْذَبُ الحَدِيثِ ، وَلا تَجَسَّسُوا ، وَلاَ تَحَسَّسُوا »(٤) .

= وأخرجه مسلم في صفة الجنة والنار ، ح (٧٠٨٩ – ٧٠٩١) ، باب الأمر بحسن الظن بالله تعالى (٨ : ٢٨٧ – ٢٨٨) ، وأبو داود في الجنائز ح (٣١١٣) ، باب ما يستحب من حسن الظن بالله (٣ : ١٨٩) وابن ماجه في الزهد (٤١٦٧) ، باب التوكل واليقين (٢ : ١٣٩٥) .

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده (٣ : ٣١٥) من حديث عبد الرزاق عن معمر ، عن همام بن منبه ، قال : هذا ما حدثنا به أبو هريرة ، وذكر أحاديث منها قوله ﷺ قال الله (عز وجل) : « أنا عند ظن عبدي بي » ، وأخرجه مسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه من وجه آخر عن أبي هريرة : مسلم في الدعوات ، ح (٦٦٧٩ ، ٦٦٨٠) ، باب الحث على ذكر الله تعالى (٨ : ٣) من طبعتنا ، والترمذي في الدعوات ، ح (٣٦٠٣) ، باب في حسن الظن بالله (عز وجل) (٥ : ٥٨١) . والنسائي في النعوت (في سننه الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٩ : ٣٧٦) ، وابن ماجه في الأدب ، ح (٣٨٢٢) ، باب فضل العمل (٢ : ١٢٥٥) .

ورواه أحمد أيضاً في المسند (٤ : ١٠٦) من حديث واثلة بن الأسقع .

(٢) ، (٣) ما بين الحاصرتين سقط في (ط) .

(٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٢ : ٢٤٥ ، ٢٨٧ ، ٣١٢ ، ٤٦٥ ، ٥٠٤ ، ٥١٧ ، ٥٣٩) . تفرد به من حديث سليم بن حيان عن أبي هريرة (٢ : ٥٠٤) ، ومن حديث طاووس كذلك =

٣٢٩١٧ – قَـالَ اللَّهُ تبَـارَكَ وتعـالى : ﴿ إِنَّ الظَّنَّ لاَ يُغْنِـي مِنَ الحَقِّ شَـيْئـاً ﴾ [النجم : ٢٨] .

٣٢٩١٨ – فَقَـدْ ذَكَرْنا فِي كِـتابِ النِّساءِ مِنْ كِـتابِ الصَّحَابَةِ[١] بِنْتَ خَـارِجَةَ المذْكُورَةَ وَابْنَتَها بِمَا يَجِبُ مِنْ ذِكْرِهما هُناكَ ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً .

١٤٤٥ – مَـالِكٌ ، عَنِ ابْنِ شِـهَـابٍ ، عَنْ عُـرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْـرِ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمنِ ابْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَـالَ : مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نحْـلاً . ثُمَّ يُمْسِكُونَهَـا . فَإِنْ مَـاتَ ابنُ أَحَدِهِمْ ، قَـالَ : مَالِي بِيَدِي . لَمْ أُعْطِـهِ أَحَداً . وَإِنْ مَاتَ هُوَ قَـال : هو لابْنِي قَدْ كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ إِيَّاهُ . مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً ، فَلَمْ يَحزْهَا الَّـذِي نُحِلهَا ، حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لِورَثَتِـهِ ، فَهِيَ بَاطِلٌ[٢] .

٣٢٩١٩ – **قال أبو عمر** : صَحَّ القَضـاءُ مِنَ الخَلِيفَتَيْنِ : أَبِي بَكْرٍ وَعُـمَرَ ، وَرُوِيَ [ذلك][٣] عَنْ عُثْمـانَ ، وَعَلِيٍّ أَنَّ الهِبَةَ لاَ تَصِحُّ إِلاَّ بِأَنْ يَحُوزَها المَوْهُوبُ لَهُ فِي حَيَاةِ

= (٢ : ٥٣٩) ، ومن حديث همام بن منبه عن أبي هريرة (٢ : ٣١٢) .

وأخرجه من حديث الأعرج معه البخاري في الأدب ، ح (٦٠٦٦) ، باب ﴿ يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن ﴾ (١٠ : ٤٨٤) من فتح الباري ومسلم في الأدب (البر والصلة) ، ح (٦٤١٦) ، باب تحريم الظن والتجسس .. ألخ (٧ : ٦٤٤) من طبعتنا ، وأبو داود في الأدب ، ح (٤٩١٧) ، باب في الظن (٤ : ٢٨٠) ثلاثتهم من حديث مالك .

والترمذي في البر والصلة ، ح (١٩٨٨) ، باب ما جاء في ظن السوء (٤ : ٣٥٦) من حديث سفيان بن عيينة – كلاهما عن أبي الزناد ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة .

(١) الاستيعاب (٤ : ١٨٠٧) .

(٢) الموطأ : ٧٥٢ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٤٠) ، ومصنف عبد الرزاق (٩ : ١٠٢) ، والمحلى (٩ : ١٢٢) ، والمغني (٥ : ٥٩٢) .

(٣) زيادة في **(ط)** .

الواهِبِ ، وَيَنفرِدَ بِها دُونَه[١] ، وقَدْ تقَدَّمَتْ رِوايَةُ مَالِكٍ ، عَنْ أَبِي بكْرٍ فِي ذَلِكَ .

٣٢٩٢٠ - ورَواهُ ابنُ عُيَيْنَةَ ، قَالَ : حدثنا الزُّهريُّ ، عَنْ عروَةَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ أَبَاهَا نَحَلَها جَاداً عِشْرِينَ وَسْقاً مِنْ مَالِه ، فَلَمَّا حضَرَتْهُ الوفاةُ جَلسَ فَتَشهَّدَ وَحَمدَ اللَّهَ ، وأَثْنى عَلَيهِ ، ثُمَّ قَالَ : أَمَّا بَعْدُ ، يَا بُنيَّةُ ، فَإِنِّي - وَاللَّهِ - إِنَّ أَحبَّ النَّاسِ إِليَّ غِنىً بَعْدِي لأَنْتِ ، وَإِنَّ أَعزَّ النَّاسِ عَلَيَّ فَقراً بَعْدِي لأَنْتِ ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحلْتُكِ جَاداً عِشْرِينَ وَسْقاً مِنْ مَالِي ، وَددْتُ أَنَّكِ حُزْتِيهِ وَجَدَدْتِيهِ ، وَإِنَّما هُوَ اليومَ مِنْ مَالِ الوَارِثِ ، وَإِنَّما هُمَا أَخَوَاكِ ، وأُخْتَاكِ ، قَالَتْ : هَذَا أَخَوَايَ ، فَمَنْ أُخْتايَ ؟ قَالَ : ذُو بطنِ بِنْتِ خَارِجَةَ ، فَإِنِّي أَظنُّها جَارِيَةً ، قَالَتْ : لَو كَانَ مَا بَيْنَ كَذَا وَكَذَا لَرَدَدْتُهُ .

٣٢٩٢١ - **قال أبو عمر** : اتَّفَقَ مَالِكٌ ، والثَّوريُّ ، وأَبُو حَنِيفَةَ ، والشَّافِعيُّ ، [وأَصْحَابُهم][٢] أَنَّ الهِبَةَ لا تَصِحُّ إِلا بِالحِيَازَةِ لَها .

٣٢٩٢٢ - وَمَعْنى الحِيَازَة القَبْضُ بِما يُقْبَضُ بِهِ مِثْلُ تِلْكَ الهِبَةِ .

٣٢٩٢٣ - إِلا أَنَّهم اخْتَلَفُوا فِي هِبَةِ المُشاعِ ، وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى .

٣٢٩٢٤ - وَالهِبَةُ عِنْدَ مَالِكٍ عَلى مَا أَصِفُهُ لَكَ تَصِحُّ بِالقَولِ مِنَ الوَاهِبِ وَالقَبُولِ مِنَ المَوْهُوبِ لَهُ ، تَتِمُّ بِالقَبْضِ وَالحِيَازَةِ ، وَمَا دَامَ الوَاهِبُ حَيا ، فَلِلْمَوْهُوبِ لَهُ المُطَالَبَةُ بِهَا الوَاهِبَ حَتَّى يَقْبِضَهَا فَإِنْ قَبضَهَا تَمَّتْ لَهُ ، وَصَارَتْ مِلْكاً مِنْ مِلْكِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبضْهَا حَتَّى يَمُوتَ الوَاهِبُ بَطلَتِ الهِبَةُ عِنْدَهُ ؛ لأَنَّهُم أَنْزَلُوها حِينَ وَهَبَها ، وَلَمْ

(١) الموطأ : ٧٧١ ، ومصنف عبد الرزاق (٩ : ١٠٣) ، وسنن البيهقي (٦ : ١٧٠) ، والمغني (٥ : ٦٠٢) ، والمحلى (٩ : ١٢٢) .

(٢) سقط في (ك) .

يُسلِّمْها إِلى أَنْ مَاتَ مَنْزِلَةَ مَنْ أَرادَ إِخْراجَ تِلْكَ العَطِيَّةِ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ رأْسِ مَالِهِ لِوَارِثٍ أَو غَيـرِ وَارِثٍ ، وكَانَتْ فِي يَدِهِ طُولَ حَيَاتِهِ ، فَلَمْ يَرْضَ بِها بَعْـدَ مَمَاتِهِ فَلَمْ يَجُزْ لَهُ شيءٌ مِنْ ذَلِكَ .

٣٢٩٢٥ - هَذا حُكْمُهُ عِنْدَ مَالِكٍ ، وأَصْحابِهِ إِذَا مَاتَ الـوَاهِبُ ، فَإِنْ مَاتَ المَوْهُوبُ لَهُ قَبْلَهُ كَانَ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَهُ أَنْ يَقُومُوا مَقامَهُ بالمُطَالَبَةِ لَها حَتّى يُسلمَ إِلَيهم الوَاهِبُ .

٣٢٩٢٦ - وَقالَ الشّافِعِيُّ ، وأَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحَابُهم : الهِبَةُ لاَ تَصِحُّ إِلا بِالقَبْضِ مِنَ المَوْهُوبِ لَهُ ، وتَسْلِيمٍ مِنَ الـوَاهِبِ ، فَـإِنْ لَمْ يكُنْ ذَلِكَ ، فَـهِيَ بَاطِلٌ ، ولَيس لِلْمَوْهُوبِ بِهِ أَنْ يُطَالِبَ الوَاهِبَ بِتَسْلِيمِها ؛ لأَنَّها مَا لَمْ تقبضْ عِدة وَعدَهُ بِها ، فَإِنْ وَفى حمدَ ، وَإِنْ لَمْ يُوفِ بِما وعَدَ ، ولَمْ يوهبْ بِمَا سَلَمَ لَمْ يُقْضَ عَلَيهِ بِشَيْءٍ .

٣٢٩٢٧ - وَقالَ أَبُو ثَورٍ ، وأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ : تَصِحُّ الهِبَةُ ، وَالصَّدَقَةُ غَيرَ مَقْبُوضَةٍ .

٣٢٩٢٨ - وَرَوَوا ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ - رضي الله عنه - مِنْ وَجْهٍ لاَ يُحتَجُّ بِهِ .

٣٢٩٢٩ - قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ المَرْوزِيُّ - رحمه الله : اتَّفَقَ أَبُو بكْرٍ ، وَعُمَرُ ، وَعُثْمانُ ، وَعَلِيٌّ - رضي الله عنهم - أَنَّ الهِبَةَ لاَ تَصِحُّ إِلا مَقْبُوضَةً .

٣٢٩٣٠ - وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عَنْهُ أَنَّ الهِبَةَ إِذا كَانَتْ مِمَّا يُؤْكَلُ ، أَو يُوزَنُ لَمْ يَصِحَّ شَيْءٌ مِنْها إِلا بِالقَبْضِ ، وَمَا عَدَا المَكِيلَ وَالمَوْزُونَ ، فَالهِبَةُ صَحِيحَةٌ [جَائِزَةٌ](١) بِالقَولِ ، وَإِنْ لَمْ تُقْبَضْ ، وَذَلِكَ كُلُّهُ إِذَا قَبَضَها(٢) المَوهُوبُ لَهُ .

---

(١) من **(ط)** فقط .

(٢) لفظ **التمهيد** (٧ : ٢٤٠) : قبلها .

٣٢٩٣١ – وَاختَلَفُوا فِي هِبَةِ المُشاعِ وكَيْفَ القَبْضُ فِيها ؟ :

٣٢٩٣٢ – فَقالَ مَالِكٌ : هِبَةُ المُشاعِ جَائِزَةٌ ، ولاَ تَصِحُّ إلا بِقَبْضِ الجَمِيعِ ، وتَصِحُّ لِلشَّرِيكِ فِي المُشاعِ إِذَا تَخلَّ الوَاهِبُ عَنْها وأخَذَها مِنْ يَدِهِ ، وَانْفَرَدَ الشَّرِيكُ المُوهُوبُ لَهُ بِها .

٣٢٩٣٣ – وَقالَ الشَّافعيُّ ، وأَبُو ثَورٍ ، وأَحْمَدُ ، وإِسْحاقُ : تَصِحُّ الهِبَةُ فِي المُشاعِ ، وَالقَبْضُ فِيها كَالقَبْضِ فِي البَيْعِ سَواءً .

٣٢٩٣٤ – وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحابُهُ : الهِبَةُ لِلْمُشاعِ بَاطِلٌ ولاَ تَصِحُّ إلاَّ مَقْبُوضَةً مَعْلُومَةً مُفْرَدَةً ، كَما يَصِحُّ الرَّهْنُ عِنْدَهُم ، فَيفردُ المُرْتَهنُ ، وكَذَلِكَ المَوهُوبُ لَهُ ، وَيقبضُهُ ، وَلاَ شَرِكَةَ فِيهِ لِغَيْرِهِ . وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي كِتابِ الرَّهْنِ .

* * *

(٣٤) باب ما يجوز من العطية

٣٢٩٣٥ - **قال أبو عمر** : فِي هَذا البَابِ عِنْدَ جُمْهُورِ رُوَاةِ « المُوَطَّأ » حَدِيثُ مَالِكٍ عَنِ ابْنِ شِهابٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، عَنْ عُثْمانَ فِي نِحْلَةِ الرَّجُلِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ ، وَهِبَتِهِ لَهُ ، وَحِيازَتِهِ .

٣٢٩٣٦ - وَهُوَ عِنْدَ يَحيى فِي بَابٍ مُفْرِدٍ فِي آخرِ الأَقْضِيَةِ ، وَهُنَاكَ نَذْكُرُهُ كَمَا رَوَاهُ يَحيى - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى .

* * *

١٤٤٦ - قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَعْطَى أَحَداً عَطِيَّةً لاَ يُرِيدُ ثَوَابَهَا ، فَأَشْهَدَ عَلَيْهَا ، فَإِنَّهَا ثَابِتَةٌ لِلَّذِي أُعْطِيَهَا ، إِلاَّ أَنْ يَمُوتَ الْمُعْطِي قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا الَّذِي أُعْطِيَهَا .

قَالَ : وَإِنْ أَرَادَ الْمُعْطِي إِمْسَاكَهَا بَعْدَ أَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهَا ، فَلَيْسَ ذلِكَ لَهُ ، إِذَا قَامَ عَلَيهِ بِهَا صَاحِبُهَا ، أَخَذَهَا .

قَالَ مَالِكٌ : وَمَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً ، ثُمَّ نكَلَ الَّذِي أَعْطَاهَا ، فَجَاءَ الَّذِي أُعْطِيَهَا بِشَاهِدٍ يَشْهَدُ لَهُ أَنَّهُ أَعْطَاهُ ذلِكَ ، عَرْضاً كَانَ أَوْ ذَهَباً أَوْ وَرِقاً أَوْ حَيَوَاناً ، أُحْلِفَ الَّذِي أُعْطَى مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ . فَإِنْ أَبى الَّذِي أُعْطِيَ أَنْ يَحْلِفَ ، حُلِفَ الْمُعْطِي ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ أَيْضاً ، أَدَّى إِلَى الْمُعْطَى مَا ادَّعَى عَلَيْهِ إِذَا كَانَ شَاهِدٌ وَاحِدٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَاهِدٌ ، فَلا شَيْءَ لَهُ .

قَالَ مَالِكٌ : وَمَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً لاَ يُرِيدُ ثَوَابَهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْطَى ، فَوَرَثَتُه

بِمَنْزِلَتِهِ ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعطِي قَبْلَ أَنْ يَقْبَضَ الْمُعْطَى عَطِيَّتَهُ ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ . وَذلِكَ أَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً لَمْ يَقْبِضْهُ ، فَإِنْ أَرَادَ الْمُعْطِي أَنْ يُمْسِكَهَا ، وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ أَعْطَاهَا ، فَلَيْسَ ذلِكَ لَهُ ، إِذَا قَامَ صَاحِبُهَا أَخَذَهَا[1] .

٣٢٩٣٧ - **قال أبو عمر** : قَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِي هَذا كُلِّهِ ، وَأَوْضَحْنَا فِيهِ مَذْهَبَ مَالِكٍ ، وَمَذْهَبَ غَيرِهِ مِنَ الفُقَهاءِ فِي البَابِ قَبْلَ هَذا ، وَالَّذِي دَعَانا إِلى مَا ذكرهُ هُنَاكَ قَولُ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ لِعَائِشَةَ فِيهِ : « لَو كُنْتِ حُزْتِيهِ ، وَجِدَدْتِيهِ لَكانَ لَكِ ، وَإِنَّما هُوَ اليَومَ مَالُ الوَارِثِ » .

٣٢٩٣٨ - وَقَولُ عُمَرَ فِيهِ أيضاً : « مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحلُونَ أَبْنَاءَهُم نِحلاً ، ثُمَّ يُمْسِكُونَها ، فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهم ، قالَ : مَالِي بِيَدِي ... الحَدِيث » .

٣٢٩٣٩ - وَهَذانِ الحَدِيثَانِ أَصْلُ حِيَازَةِ الهِبَةِ فِي « المُوطَّأ » .

٣٢٩٤٠ - وَكَذَلِكَ ذَكَرْنا اخْتِلافَ العُلماءِ فِي قَبْضِ الهِبَةِ وَحِيَازَتِها فِي البَابِ قَبْلَ هَذا .

٣٢٩٤١ - وَذَكَرْنا عَنِ الشَّافِعِيِّ ، وَالكُوفِيِّينَ أَنَّ الهِبَةَ إِذَا لَمْ يَقْبِضْها المَوْهُوبُ لَهُ ، فَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ الوَاهِبِ بِها إِنْ مَنَعَهُ إِيَّاهَا .

٣٢٩٤٢ - وَذَكَرْنا أَنَّ أَكْثَرَ العُلماءِ عَلَى ذَلِكَ ، وَبِاللَّهِ تَوْفِيقُنَا .

* * *

(١) الموطأ : ٧٥٣ - ٦٥٤ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٤٤) .

(٣٥) باب القضاء في الهبة(*)

١٤٤٧ - مَالِكٌ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ ، عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفٍ الْمُرِّيِّ ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لاَ يَرْجِعُ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا ، إِذَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا(١) .

٣٢٩٤٣ - **قال أبو عمر** : رَوَى سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ قَالَ : مَنْ وَهبَ هِبَةً ، فَلَمْ يُثَبْ مِنْها ، فَهُوَ أَحَقُّ بِها .

٣٢٩٤٤ - [وَعَنِ الأَعْمَشِ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ قَالَ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً لَمْ يُثَبْ مِنْها ، فَهُوَ أَحَقُّ بِها](٢) إِلاَّ لِذِي رَحِمٍ(٣) .

(*) **المسألة : ٦٩٦ - قال المالكية** : الهبة تقتضي الثواب ، وتحمل على إرادة التعويض إذا اختلف الواهب والموهوب له في ذلك وخصوصاً : إذا دلت قرينة الحال على قصد الثواب : مثل : أن يهب الفقير الغني أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب ، ودليلهم قول عمر رضي الله عنه : ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها .

وقال الشافعية والحنفية والحنابلة : لا تقتضي ثواباً ، سواء أكانت من الإنسان بمثله أو دونه أو أعلى منه ، فلا يلزم الموهوب له بالإثابة والتعويض للواهب .

وانظر في هذه المسألة : مغني المحتاج (٢ : ٤٠٤) ، المهذب (١ : ٤٤٧) ، بدائع الصنائع (٦ : ١٣٢) ، المغني (٥ : ٦٢٣) ، بداية المجتهد (٢ : ٣٢٦) ، حاشية الدسوقي (٤ : ١١٤) .

(١) الموطأ : ٧٥٤ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٤٧) ، **والأم** (٤ : ٦١) ومصنف عبد الرزاق (٧ : ١٧٧) ، و (٩ : ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧) ، والمحلى (٩ : ١١٩، ١٢٨) ، والمغني (٥ : ٦٠٨ ، ٦٢١) .

(٢) الفقرة بين الحاصرتين سقطت في **(ي ، س)** .

(٣) انظر هذه الآثار في **الأم** (٤ : ٦١) والسنن الكبرى للبيهقي (٦ : ١٨١ - ١٨٢) باب المكافأة في الهدية ، ومعرفة السنن والآثار (٩ : ٦٨ - ٧٠) .

٣٢٩٤٥ - وَعَنْ أَيُّوبَ ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ ، عَنْ شُرَيحٍ ، قَالَ : مَنْ أَعْطى فِي صِلَةِ رَحِمٍ ، أَو قَرابَةٍ ، أَو حَقٍّ ، أَو مَعْرُوفٍ فَعَطِيَّتُهُ جَائِزَةٌ ، والجانب المستعزز يُثَابُ من هِبَتِهِ ، أو تردُّ إليه(١) .

* * *

١٤٤٨ - قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا ، أَنَّ الْهِبَةَ إِذَا تَغَيَّرَتْ عِنْدَ الْمَوْهُوبِ لَهُ لِلثَّوَابِ ، بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ ، فَإِنَّ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهَا قِيمَتَهَا ، يَوْمَ قَبَضَهَا(٢) .

٣٢٩٤٦ - [**قال أبو عمر** : نَذْكُرُ فِي هذا البَابِ أَقَاوِيلَ الفُقهاءِ فِي الهِبَةِ لِلثَّوَابِ ، وَقَدْ أَرجأتُ القَولَ فِي الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ لِذِي رَحِمٍ وَغَيرِهِ إلى بَابِ الاعْتِصارِ فِي الصَّدَقَةِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى](٣) .

٣٢٩٤٧ - **قال أبو عمر** : مَذْهَبُ مَالِكٍ فِي الهِبَةِ لِلثَّوابِ أَنَّها جَائِزَةٌ غير مَرْدُودَةٍ إِذا قَبَضَها المَوهُوبُ لَهُ كَانَ لِلْوَاهِبِ مُطَالَبَتُهُ بِالثَّوابِ مِنْها ذَا رَحِمٍ مِنْهُ كَانَ أَو غيرَ رَحِمٍ إِلا أَنْ يَكُونَ فَقِيراً يَرى أَنَّهُ أَرادَ بِها الصَّدَقَةَ عَلَيهِ ، فَلاَ ثَوابَ عَلَيهِ حِينَئِذٍ ، والمَوهُوبُ لَهُ مُخَيَّرٌ فِي رَدِّها ، أَو إِعْطاء العِوضَ مِنْها ، هَذا ما لَمْ تَتَغَيَّر عِنْدَهُ بِزِيَادَةٍ ، أَو نُقْصانٍ ، فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عِنْدَهُ بِزِيَادَةٍ أَو نُقْصانٍ كَانَ لِلْوَاهِبِ قِيمَتُها يَومَ قَبضَها المَوهُوبُ لَهُ .

٣٢٩٤٨ - وَكَانَ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهويه يَذْهَبُ فِي ذَلِكَ إِلى قَولِ مَالِكٍ .

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٩ : ١٠٦) ، وأخبار القضاة (٢ : ٣٥٧) .

(٢) الموطأ : ٧٥٤ ، والموطأ برواية أبي مصعب الزهري (٢٩٤٨) .

(٣) ما بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

٣٢٩٤٩ - وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَفضالَة بْنِ عُبيدٍ جوَازُ الهِبَةِ للثَّوَابِ[١] .

٣٢٩٥٠ - وَأَمَّا الشَّافعيُّ ، فالهِبَةُ للثَّوابِ عِنْدَهُ بَاطِلٌ مَرْدَودَةٌ ، لَيستْ بِشَيْءٍ .

٣٢٩٥١ - وَهُوَ قَولُ أَبي ثَورٍ ، وَدَاوُدَ ؛ لأَنَّها مُعاوضَةٌ عَلى مَجْهُولٍ غيرِ مَذْكُورٍ وَذَلِكَ بَيْعٌ لا يَجُوزُ .

٣٢٩٥٢ - وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحَابُهُ فَالهِبَةُ للثَّوابِ عِنْدَهُم جَائِزَةٌ عَلى نَحْوِ مَا ذَهَبَ إِليهِ مَالِكٌ فِي ذَلِكَ ، وَإِنْ زَادَتْ عِنْدَ المَوْهُوبِ لَهُ ، أَو نَقَصَتْ ، أَو هَلَكَتْ ، لَمْ يَكُنْ لِلْواهِبِ فِيها رُجُوعٌ إِنْ كَانَتْ لِذِي رَحِمٍ ؛ لأَنَّهُ - حِينَئِذٍ - صِلَةٌ خَالِصَةٌ لَهُ .

٣٢٩٥٣ - وَهُوَ قَولُ الثَّوريِّ .

٣٢٩٥٤ - وَجُمْلَةُ قَولِ الكُوفيِّينَ فِي الهِبَةِ للثَّوابِ أَنَّ كُلَّ هِبَةٍ وَقَعَتْ عَلى شَرْطِ عِوَضٍ ، فَهِيَ وَالعِوضُ مِنْها عَلى حُكْمِ الهِبَةِ ، لا تَصحُّ مَا لَمْ تقبضْ ، وَيَمْنَعُ كُلُّ وَاحِدٍ [مِنْهُمَا صَاحِبَهُ إِنْ شَاءَ فَإِنْ مَضَتْ ، وَقبضَ العِوضَ مِنْها ، فَهِيَ كَالبَيْعِ ، وَيردُّ كُلُّ وَاحِدٍ][٢] مِنْهما ، مَا وجِدَ فِيهِ العَيْبُ مِنْ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ .

٣٢٩٥٥ - وَقالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنبلٍ : لَيسَ لأَحَدٍ رُجُوعٌ ، وَلاَ ثَوابٌ فِي هِبَةٍ ، وَلاَ هَدِيَّةٍ ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ »[٣] .

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٧ : ١٧٧) و (٩ : ١٠٥) ، والمغني (٥ : ٦٠٨ ، ٦٢١) ، والمحلى (٩ : ١١٩ ، ١٢٨) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) روي من وجوه عن ابن عباس (رضي الله عنهما)

أخرجه من حديث طاووس عن ابن عباس البخاري في الهبة (٢٥٨٩) ، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها (٥ : ٢١٦) من فتح الباري . ومسلم في الهبات (٨) ، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض (٣ : ١٢٤١) ط . عبد الباقي . والنسائي في الهبة (٦ : ٢٦٧) . =

٣٢٩٥٦ - وَهُوَ قَوْلُ دَاوُدَ ، وَأَهْلِ الظَّاهِرِ .

٣٢٩٥٧ - حدَّثَنِي عَبْدُ الوَارِثِ ، قالَ : حدَّثَنِي قَاسِمٌ ، قَالَ : حدَّثَنِي الخُشَنِيُّ ، قَالَ : حدَّثَنِي ابْنُ عُمَرَ ، قَالَ : حَدَّثَنِي سُفْيَانُ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لَيْسَ مِنَّا مثلُ السَّوْءِ ، العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ »[1] .

* * *

= وأخرجاه من حديث سعيد بن المسيب عن ابن عباس البخاري في الهبة ، ح (٢٦٢١) ، باب لا يحل لأحدٍ أن يرجع في هبته وصدقته (٥ : ٢٣٤) من فتح الباري . ومسلم في الهبات (٧) باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض (٣ : ١٢٤٠) ط . عبد الباقي .

وروي عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر ، وابن عباس أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٣٩) ، باب الرجوع في الهبة (٣ : ٢٩١) والترمذي في البيوع (١٢٩٩) ، باب ما جاء في الرجوع في الهبة (٣ : ٥٩٣) .

والنسائي في الهبة (٦ : ٢٦٥) ، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده .

وابن ماجه في الهبات (٢٣٧٧) ، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه (٢ : ٧٩٥) . وروي من وجه آخر عن عكرمة ، عن ابن عباس أخرجه البخاري في الهبة ، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته . وفي ترك الحيل ، باب في الهبة والشفعة . وأخرجه الترمذي في البيوع ، باب ما جاء في الرجوع في الهبة . والنسائي في الهبة ، باب ذكر الاختلاف لخبر عبد الله بن عباس فيه .

(١) انظر تخريجه من هذا الوجه بالحاشية السابقة بآخرها .

(٣٦) باب الاعتصار في الصدقة(*)

١٤٤٩ – قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي لاَ اخْتِلافَ فِيهِ ، أَنَّ كُلَّ مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ بِصَدَقَةٍ قَبَضَهَا الابْنُ ، أَوْ كَانَ فِي حِجْرِ أَبِيهِ فَأَشْهَدَ لَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ شَيْئاً مِنْ ذلِكَ ؛ لأَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّدَقَةِ .

قَالَ مَالِكٌ : الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ نَحَلَ وَلَدَهُ نحلاً ، أَوْ أَعْطَاهُ عَطَاءً لَيْسَ بِصَدَقَةٍ ، إِنَّ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذلِكَ ، مَا لَمْ يَسْتَحْدِثِ الْوَلَدُ دَيْناً يُدَايِنُهُ النَّاسُ بِهِ ، وَيَأْمَنُونَهُ عَلَيْهِ ، مِنْ أَجْلِ ذلِكَ الْعَطَاءِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ ، فَلَيْسَ لأَبِيهِ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنْ ذلِكَ شَيْئاً ، بَعْدَ أَنْ تَكُونَ عَلَيْهِ الدُّيُونُ ، أَوْ يُعْطِي الرَّجُلُ ابْنَهُ أَوِ

(*) **المسألة : ٦٩٧ – الشافعية والحنابلة** : لا يحل للواهب أن يرجع في هبته ، إلا الوالد فيما أعطى ولده ، والدليل عندهم الأحاديث التالية في هذا الباب منها : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » وغيره .

المالكية : يثبت الملك في الهبة بمجرد العقد ويصبح لازماً بالقبض فلا يحل الرجوع بعدئذ ، أما قبل القبض فيصح فقط للواهب الأب أن يرجع فيما وهبه لابنه ما لم يترتب عليه حق الغير كأن يتزود مثلا ، والرجوع في الهبة عندهم يعرف بالاعتصار في الهبة .

الحنفية : حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم ، فيصح الرجوع والفسخ ، لقوله عليه السلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها » (روى من حديث أبي هريرة وابن عباس وابن عمر ، وفيه ضعف) ، على أن **الحنفية** أضافوا : يكره الرجوع في الهبة ؛ لأنه من باب الدناءة ، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد .

وانظر في هذه المسألة : مغني المحتاج (٢ : ٤٠١) ، المهذب (١ : ٤٤٧) ، المغني (٥ : ٦٢١) ، بداية المجتهد (٢ : ٣٢٤) ، القوانين الفقهية ص (٣٦٧) ، حاشية الدسوقي (٤ : ١١٠) ، بدائع الصنائع (٦ : ١٢٧) ، تكملة فتح القدير (٧ : ١٢٩) .

ابنَتَهُ ، فَتَنكِحُ الْمَرأَةُ الرَّجُلَ ، وَإِنَّمَا تَنكِحُهُ لِغِنَاهُ ، وَلِلْمَالِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ ، فَيُرِيدُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذلِكَ ، الأَبُ ، أَوْ يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ ، قَدْ نَحَلَهَا أَبُوهَا النّحْلَ ، إِنَّمَا يَتَزَوَّجُهَا وَيَرْفَعُ فِي صِدَاقِهَا لِغِنَاهَا وَمَالِهَا ، وَمَا أَعْطَاهَا أَبُوهَا ، ثُمَّ يَقُولُ الأَبُ : أَنَا أَعْتَصِرُ ذلِكَ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنِ ابْنِهِ وَلا مِنِ ابْنَتِهِ شَيْئاً مِنْ ذلِكَ ، إِذَا كَانَ عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ(١) .

٣٢٩٥٨ - **قال أبو عمر** : قَدْ قُلْنَا : إِنَّ الاعْتِصارَ عِنْدَ أَهْلِ المَدِينَةِ هُوَ الرُّجُوعُ فِي الهِبَةِ وَالعَطِيَّةِ ، وَلاَ أَعْلَمُ خِلاَفاً بَيْنَ العُلماءِ أَنَّ الصَّدَقَةَ لا رُجُوعَ فِيها لِلْمُتَصَدِّقِ بها .

٣٢٩٥٩ - وَكُلُّ مَا أُرِيدَ بِهِ - مِنَ الهِباتِ - وَجْهَ اللَّهِ تعالى بِأَنَّها تَجْرِي مَجْرى الصَّدَقَةِ فِي تَحْرِيمِ الرُّجُوعِ فِيها .

٣٢٩٦٠ - وَأَمَّا الهِبَاتُ إِذَا لَمْ يَقُلِ الوَاهِبُ فِيها لِلَّهِ ، وَلاَ أَرادَ بِهِبَتِهِ الصَّدَقَةَ المُخرجَةَ لِلَّهِ (عَزَّ وجلَّ) ، فَإِنَّ العُلماءَ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ اخْتِلافاً كَثِيراً :

٣٢٩٦١ - فَمَذْهَبُ مَالِكٍ فِيما ذَكَرَهُ فِي كِتَابِهِ « المُوَطَّأ » عَلى مَا أَوْرَدْنَاهُ مِنْ تَخْصِيصِ تَرْكِ رُجُوعِ الأَبِ فِي هِبَتِهِ لِوَلَدِهِ إِذَا نكحَتِ الابْنَةُ ، أو اسْتَدانَ الابْنُ وَنَحو ذَلِكَ عَلى مَا تَقَدَّمَ وَصْفُهُ .

٣٢٩٦٢ - وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ ، فَلَيسَ لأَحَدٍ عِنْدَهُ أَنْ يَرْجعَ فِي هِبَتِهِ إِلا الوَالِدُ ، ثُمَّ وقفَ عَنْ ذَلِكَ ، فَقالَ : لَو اتَّصَلَ حَدِيثُ طَاوسٍ : « لا يحلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجعَ فِي هِبَتِهِ إِلا الوَالِدُ » ، لَقُلْتُ بِهِ ، وَلَمْ أَزد وَاهِباً غَيرهُ وَهبَ لِمَنْ يَسْتَثِيبُ مِنهُ ، أَو لِمَنْ لاَ يسْتَثِيبُ مِنهُ(٢) .

---

(١) الموطأ : ٧٥٥ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٥٠) وانظر **التمهيد** (٧ : ٢٤١) وما بعدها .

(٢) **الأم** (٨ : ١٣٤) .

٣٢٩٦٣ - **قال أبو عمر** : قَدْ وصلَ حَدِيثَ طَاووسٍ حسينٌ الُمعلـمُ ، وَهُوَ ثِقَةٌ ، لَيسَ بِهِ بَأْسٌ .

٣٢٩٦٤ - أَخْبـرنا عَبْـدُ اللَّهِ بْنُ مُحمـدٍ ، [قالَ : حـدَّثني مُحمـدُ بْنُ بكرٍ][1] ، قالَ : حـدَّثني أَبُو دَاوُدَ ، قالَ : حـدَّثني مُسـددٌ ، قَالَ : حدَّثني يَزِيـدُ بْنُ زريعٍ ، قالَ : حَـدَّثني حُـسينٌ المعلمُ ، عَنْ عَـمْرِو بْنِ شُـعَيبٍ ، عَنْ طَاووسٍ ، عَنِ ابْنِ عُـمَـرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ يَحِلُّ لأَحَدٍ أَنْ يعْطِيَ عَطِيَّةً ، أَو يَهبَ هِبَةً ، ثُمَّ يرجع فِـيها إِلاَّ الوَالِدُ فِـيمـا يُعْطِي وَلَدَهُ ، وَمـثلُ الَّذِي يُعْطِي العَطِيَّـةَ ، ثُمَّ يَرْجعُ فِـيهـا كَمَثَلِ الكَلْبِ يَأْكُلُ ، فَإِذا شَبِعَ قَاءَهُ ، ثُمَّ عادَ فِي قَيْئِهِ »[2] .

٣٢٩٦٥ - **قال أبو عـمر** : أَمَّا قَوْلُهُ ﷺ : « العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالـكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » .

٣٢٩٦٦ - وَلا خِلاَفَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ فِي صِحَّةِ إِسْنَادِهِ .

٣٢٩٦٧ - وَمِنْ أَحْـسَنِ أَسَانِيـدِهِ حَـديثُ شُعْبَةَ ، عَنْ قَـتَـادَةَ ، عَنْ سَعِيـدِ بْنِ الُمسَيَّبِ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ[3] .

٣٢٩٦٨ - وَأَمَّا قَـوْلُهُ ﷺ : « لا يَحِلُّ لِوَاهِـبٍ أَنْ يَرْجعَ فِي هِبَتِـهِ إِلاَّ الوَالِدُ » ، فَلَيسَ يَتَّصِلُ إِسْنَادُهُ إِلا مِنْ حَدِيثِ حُسينِ الُمعلمِ ، كَما وَصَفْتُ لَكَ .

٣٢٩٦٩ - وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَورٍ .

٣٢٩٧٠ - وَقَالَ أَبُو حَنِيـفَةَ ، وَأَصْحـابُهُ : كُلُّ مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مُحرمةٍ

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) تقدمت الإشارة إليه في تخريج الحديث السابق فانظره هناك .

(٣) تقدمت الإشارة إلى حديث ابن عباس وتخريجها فانظره أيضاً .

كَالأَخِ وَالأُخْتِ ، وَابْنِ الأُخْوةِ ، وَالأَخَوَاتِ .

٣٢٩٧١ - وكَذَلِكَ الأَعْمامُ وَالعَمَّاتُ ، وَالأَخْوالُ ، وَالخالاتُ ، وَالآباءُ ، وَإِنْ عَلَوا ، وَالبَنِينَ وَإِنْ سَفَلُوا ، وكُلُّ مَنْ لا يَحِلُّ لَهُ نِكاحُها ، أَو كَانَتِ امْرَأَةً مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ ، وَالصِّهْرِ .

٣٢٩٧٢ - وكَذَلِكَ الزَّوْجَانِ إِنْ وَهَبَ أَحَدُهُما لِصَاحِبِهِ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ مِنْهُم أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ ، كَما لَيسَ لِلمُتَصَدِّقِ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْ صَدَقَتِهِ ، فَإِنْ وهبَ لِغَيرِ هَؤُلاءِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِي هِبَتِهِ ، مَا لَمْ تَزِدْ فِي بَدنِها ، أَو يزِيد فِيها المَوهُوبُ لَهُ ، وَمَا لَمْ يَمُتْ وَاحِدٌ مِنْهُما ، وَمَا لَمْ تَخرُجِ الهِبَةُ مِنْ مِلْكِ المَوهُوبِ لَهُ إِلى مِلْكِ غَيرِهِ ، وَمَا لَمْ يُعوضِ المَوهُوبُ لَهُ الوَاهِبَ عِوضاً يَقْبلُهُ ، وَيَقبضُ مِنْهُ ، فَأَيُّ هَذِهِ الأَشْياءِ كَانَتْ فَلا رُجُوعَ فِي الهِبَةِ مَعَهُ ، كَما لا يَرْجِعُ فِي الصَّدَقَةِ ، وَلا فِيما وهبَ لِذِي رَحِمٍ مُحرمةٍ مِنهُ ، وَلا فِيمَا وهبَ أَحَدُ الزَّوجَيْنِ لِصَاحِبِهِ .

٣٢٩٧٣ - وَإِذا لَمْ تكُنْ هَذِهِ الأَشْياءُ وَالشُّرُوطُ الَّتِي ذَكَرْنا ، وَالأَوصَافَ الَّتِي وَصَفْنا كَانَ لِلْوَاهِبِ الرُّجَوعُ فِي الهِبَةِ ، وَلا يَرْجِعُ عَلَيهِ إِلا بِحكْمِ الحَاكِمِ لَهُ فِيها ، أَو بِتَسْلِيمٍ مِنَ المَوْهُوبِ لَهُ .

٣٢٩٧٤ - هَذا كُلُّهُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحابِهِ فِيمَا ذكرَ الطَّحاوِيُّ عَنْهُم فِي « مُخْتَصَرِهِ » .

٣٢٩٧٥ - وَحُجَّتهم فِي ذَلِكَ الحَدِيثُ عَنْ عُمَرَ - رضي الله عنه - مِنْ رِوَايَةِ مَالِكٍ وَغَيرِهِ ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الحُصينِ ، عَنْ أَبِي غطفانَ ، عَنْ مَروانَ ، عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ : « منْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ ، أَو عَلى وَجْهِ الصَّدَقَةِ » فَسَوَّى بَيْنَ الهِبَةِ لِذِي

الرَّحِمِ ، وَبَيْنَ الصَّدَقَةِ .

٣٢٩٧٦ - وَرَوى الأَسْوَدُ ، عَنْ عُمَرَ مِثْلَهُ فِيمَنْ وهبَ لِصِلَةِ رَحِمٍ ، أَو قَرابَةٍ .

٣٢٩٧٧ - ولَيسَ فِي حَدِيثِ عُمَرَ ذِكْرُ الزَّوْجَيْنِ .

٣٢٩٧٨ - وَلا فَرْقَ بَيْنَ الرَّحمِ المُحرمةِ ، وَلاَ غَيرِ المُحرمةِ ، كَما فعلَ الكُوفِيُّونَ .

٣٢٩٧٩ - وَالأَصْلُ عِنْدِي الَّذِي تَلْزَمُ الحُجَّةُ بِهِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لأَحَدٍ الرَّجْعَةُ فِيهِ ؛ لِقَولِهِ ﷺ : « العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » ، إِلا أَنْ تَثْبُتَ سُنَّةٌ تَخُصُّ هَذِهِ الجُملةَ ، أَو يَتَّفِقُ عَلى مَعْنى مِنْ ذَلِكَ عُلماءُ الأُمَّةِ ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ .

* * *

(٣٧) باب القضاء في العمرى(*)

١٤٥٠ – مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوْفٍ ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الأَنْصَارِيِّ ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا ، لاَ تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا أَبَداً » لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ(١) .

(*) **المسألة – ٦٩٨** – العمرى أن يقول : « أعمرتك هذه الدار ، أو جعلت هذه الدار لك عمري ، أو عمرك ، أو حياتك أو حياتي ، فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي ، فهذا كله هبة ، وهي للمعمر له في حياته ، ولورثته بعد وفاته ، لصحة التمليك ، والتوقيت باطل ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « أمسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها ، فإن من أعمر شيئاً ، فإنه لمن أعمره » متفق عليه ؛ لأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف عقود المعاوضات المالية ، ومنها البيع فإنها أي المعاوضات تفسد بالشرط الفاسد بالنهي عن بيع وشرط .

أما العمرى المقترنة بشرط فهي رقبى كأن يقول : هذه الدار لك رقبى أو حبيسة ، فهي عارية في يده ، ويأخذها منه متى شاء .

وقد أجاز أكثر العلماء العمرى والرقبى على أنهما نوعان من الهبة يفتقران إلى الإيجاب والقبول والقبض ونحوه ، ومنع الحنفية والمالكية الرقبى ، وأجازوا العمرى .

(١) الموطأ : ٧٥٦ ، والموطأ برواية محمد بن الحسن (٨١١) ، والموطأ برواية أبي مصعب الزهري (٢٩٥٣) ، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في **الأم** (٤ : ٦٣) والبخاري في الهبة ، ح (٢٦٢٥) ، باب ما قيل في العمرى والرقبى (٥ : ٢٣٨) من فتح الباري ، ومسلم في الهبات ، ح (٤١١٠ – ٤١١٦) ، باب العمرى (٥ : ٣٨٤ – ٣٨٧) ، وأبو داود في البيوع (٣٥٥٠ ، ٣٥٥٢) باب في العمرى ، (٣٥٥٣ ، ٣٥٥٤) ، باب من قال فيه « ولعقبه » . والترمذي في الأحكام (١٣٥٠) ، باب ما جاء في العمرى (٣ : ٦٣٢) . والنسائي في العمرى (٦ : ٢٧٥ – ٢٧٦) ، باب ذكر الاختلاف على الزهري فيه ، و (٦ : ٢٧٧) ، باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ومحمد بن عمرو على أبي سلمة فيه ، وابن ماجه في الهبات (٢٣٨٠) ، باب العمرى (٢ : ٧٩٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ : ٩٣) ، والبيهقي في السنن =

١٤٥١ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ الْقَاسِمِ؛ أَنَّهُ سَمِعَ مَكْحُولاً الدمَشْقِيَّ يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنِ الْعُمْرَى: مَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ إِلا وَهُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ، وَفِيمَا أُعْطُوا.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذلِكَ، الأَمْرُ عِنْدَنَا، أَنَّ الْعُمْرَى تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْمَرَهَا، إِذَا لَمْ يَقُلْ: هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ[1].

٣٢٩٨٠ - **قال أبو عمر**: هَذِهِ اللَّفْظَةُ لَمْ يَرْوِها عَنْ مَالِكٍ أَحَدٌ فِي «الْمُوَطَّأ» قَوْلهُ: إِنَّ العُمْرى تَرْجِعُ إلى الَّذِي أَعْمَرَها، إِذَا لَمْ يَقُلْ: لَكَ، وَلِعَقِبِكَ» غَيرُ يَحيى بْنِ يحيى فِي «الْمُوَطَّأ» وَقَدْ رَمى بِها ابْنُ وَضَّاحٍ مِنْ كِتَابِهِ.

٣٢٩٨١ - وَالمَعْرُوفُ عَنْ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ فِي العُمرى أَنَّها تَرْجِعُ إِلى الْمُعْطِي، إِذَا مَاتَ الْمُعْطى،

٣٢٩٨٢ - وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ الْمُعْطِي لِلْمُعْطَى: هِيَ لَكَ، وَلِعَقِبِكَ تَرْجِعُ أَيضاً إِلى الْمُعْطِي عِنْدَ انْقِرَاضِ عَقِبِ الْمُعْطَى إِذا كَانَ الْمُعْطِي حَيّاً، وَإِلا قَالَ مَنْ كَانَ حَيّاً مِنْ وَرَثَتِهِ، وَأَولى النَّاسِ بِميرَاثِهِ، وَلاَ يملِكُ المعمرُ بِلَفْظِ العُمرِي عِنْدَ مَالِكٍ وَأَصْحابِهِ رقبة شَيْءٍ مِنَ الأَشْياءِ، وَإِنَّما يَمْلِكُ بِلَفْظِ العُمرى والسُّكْنى، وَالاعْتِمارِ، وَالإِعْلالِ.

٣٢٩٨٣ - وَالإِعْمارُ عِنْدَهم وَالإِسْكانُ سَوَاءٌ، لاَ يملكُ بِذلِكَ رَقَبَةَ شَيْءٍ مِنَ الأَشْياءِ، وَكَذَلِكَ الإِفْقارُ وَالإِخْبالُ وَالإِطْرَاقُ، وَمَا كانَ مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ أَلْفَاظِ العَطايَا،

= (٦ : ١٧٢)، وفي «معرفة السنن والآثار (٩ : ١٢٣٢٤) وقد وقع هذا الحديث في **التمهيد** (٧ : ١١٢) وما بعدها.

(١) الموطأ: ٧٥٦، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٥٤، ٢٩٥٥).

لاَ يملكُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ رَقبةَ الشَّيْءِ المُعْطى ، وَإِنَّما تُملكُ بِهِ مَنْفعتُهُ عَلى حَسبِ حَالِهِ .

٣٢٩٨٤ - هَذا كُلُّهُ قَولُ مَالِكٍ ، وَأَصْحَابِهِ ، وَهُوَ تَحْصِيلُ مَذْهَبِهِ .

* * *

١٤٥٢ - وَكَذَلِكَ ذكرَ فِي « المُوطَّأ » بِأثرِ الحَديثِ المَذْكُورِ فِي أوَّلِ البَابِ ، عَنْ نَافعٍ : أنَّ عَبْدَ اللَّهِ بنَ عُمَرَ وَرِثَ مِنْ حَفصةَ بِنْت عُمَرَ دَارَها[١] ، قَالَ : وَكانَتْ حَفْصَةُ قَدْ أَسْكَنَتْ بِنْتَ زَيْدِ بْنِ الخطَّابِ مَا عَاشَتْ ، فَلَمَّا تُوفِّيتْ بِنْتُ زَيْدٍ قبضَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ المَسْكَنَ ، وَرأَى أَنَّهُ لَهُ[٢] .

٣٢٩٨٥ - **قال أبو عمر** : لأنَّهُ كَانَ شَقيقَ حَفْصةَ ، وَالمُنْفرِدَ بِميراثِها ، فَرجَعَتْ إِليهِ الدَّارُ بَعْدَ مَوتِها ؛ لأنَّ الإِسْكانَ لاَ يُملكُ بِهِ إِلا المَنْفعَةُ دُونَ الرَّقبةِ .

٣٢٩٨٦ - وَكَذَلِكَ الإِعْمَارُ عِنْدَ مَالِكٍ ، وَحُجَّتُهُ فِي ذَلِكَ قَولُ القَاسِمِ بْنِ مُحمدٍ : مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ إِلاَّ عَلى شُرُوطِهِم فِي أَمْوَالِهِم ، وَفِيما أَعْطوا ، يُرِيدُ أنَّ لَفْظَ العُمرى يَنْفِي أنْ يكُونَ لِلْمُعْمرِ مِنَ الشَّيْءِ الَّذِي أَعْمَرَ إِلا مَنْفَعَتُهُ ، وَعمرهُ ، لاَ غير .

٣٢٩٨٧ - وَلَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِحَدِيثِهِ المُسْنَدِ فِي هَذا البَابِ عَنِ [ابْنِ شِهابٍ][٣] ، عَنْ أَبي سَلَمةَ ، عَنْ جَابِرٍ ، وَقَالَ : لَيْسَ عَلَيهِ العَمَلُ [إِلا مَا ذكرَهُ عَنْهُ يَحيى بْنُ يحيى فِي « المُوطَّأ » ، وَكانَ مِنْ آخرِ مَنْ رَوى عَنْهُ « المُوطَّأ »][٤] .

---

(١) كذا في هذه الرواية وَرِثَ حفصة دارَها بحذف حرف الجر ، وهي لغة من لغات العرب ، وسيأتي بيان ذلك في آخر الباب إن شاء الله .

(٢) الموطأ : ٧٥٦ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٥٦) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) سقط في (ي ، س) .

٣٢٩٨٨ - وَرَوى عَنْهُ بَعْضُ أَصْحابِهِ أَنَّهُ قَالَ : رَأَيْتُ مُحمداً ، وَعَبْدَ اللَّهِ ابْنَي أَبي بكْرِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ، وَسَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ يُعَاتِبُ مُحمداً ، وَمُحَمَّدٌ يَوْمَئِذٍ قَاضٍ يَقُولُ لَهُ : مَالَكَ لا تَقْضِي بِالحَدِيثِ الَّذِي جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي العُمرى ؟ - [يَعْنِي حَدِيثَ ابْنِ شِهابٍ][1] عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ، [عن جابر][2] فَيَقُولُ لَهُ مُحمدٌ : يَاأَخِي لَمْ أَجِدِ النَّاسَ عَلى هَذا ، فَجَعَلَ عَبْدُ اللَّهِ يُكَلِّمُهُ ، وَمُحمدٌ يَأْبَاهُ .

٣٢٩٨٩ - **قال أبو عمر** : لَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِحَدِيثِ العُمرى ، وَرَدَّهُ بِالعَمَلِ عِنْدَهُ ، وَقَدْ أَخَذَ بِهِ ابْنُ شِهابٍ وَغَيْرُهُ .

٣٢٩٩٠ - وَرَوى مَعمرٌ ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ ، عَنِ الزُّهريِّ[3] ، عَنْ أَبي سَلَمَةَ ، عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : إِنَّما العُمرى الَّتِي أَجازَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنَّما أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ ، وَلِعَقِبِكَ ، فَأَمَّا إِذا قَالَ : هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ ، فَإِنَّها تَرْجِعُ إِلى صَاحِبِها .

٣٢٩٩١ - [قَالَ مَعمرٌ : وَكانَ الزُّهريُّ يفْتِي بِذَلِكَ][4] .

٣٢٩٩٢ - **قال أبو عمر** : هَذا قَولُ أَبِي سَلمةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ ، وَيَزيدَ بْنِ قسيطٍ ، وَبِهِ قالَ ابْنُ أَبي ذِئْبٍ ، وَالأَوْزَاعِيُّ ، وَإِليهِ ذَهَبَ أَبُو ثَورٍ ، وَدَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ .

٣٢٩٩٣ - وَقالَ الأَوْزَاعِيُّ : قُلْتُ : لِلزُّهريِّ : الرَّجُلُ يَقُولُ [للرجل][5] جَارِيَتِي هَذِهِ لَكَ حَياتكَ ، أَيَحِلُّ لَهُ أَنْ يَطَأَها ؟ قَالَ : لا ، قُلْتُ : فَقَالَ : هِيَ لَكَ عُمْرِي ، أَو

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) من (ط) فقط .

(٣) قوله عن ابن شهاب ساقط في (ي ، س) ، وقوله عن الزهري ساقط في (ط) .

(٤) سقط في (ي ، س) .

(٥) من (ط) فقط .

عُمْركَ ، فَيَحِلُّ لَهُ فَرْجُهَا ، قالَ : ل ، حَتَّى يَبِينَهَا لَهُ ، إِنَّما العُمرى الَّتِي لا يكُونُ فِيها لِلْمُعمرِ شَيْءٌ ، أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ ، وَلِعَقِبِكَ ، يُعْطِيها لَهُ ، وَلِعَقِبِهِ ، لا يكُونُ لِلْمُعْطِي فِيها مَثُوبَةٌ .

٣٢٩٩٤ - [وَقالَ مُحمدُ بْنُ يَحيى الذّهليُّ النّيْسَابُورِيُّ : حَدِيثُ مَعمرٍ هَذا إِنَّما مُنْتَهاهُ إِلى قَولِهِ : هِيَ لَكَ ، وَلِعَقِبِكَ ، وَمَا بَعْدَهُ عِنْدَنا مِنْ كَلامِ الزُّهرِيِّ][1] ، قَالَ : وَمَا رَواهُ أَبُو الزُّبيرِ عَنْ جَابِرٍ يردُّ حَدِيثَ مَعمرٍ هَذا .

٣٢٩٩٥ - **قال أبو عمر** : حَدِيثُ أَبِي الزُّبيرِ رَواهُ ابْنُ جُريجٍ ، [وَالحجَّاجُ بْنُ أَبِي عُثْمانَ ، وَحَمَّادُ بنُ سلمَةَ ، وَإِبْراهيمُ بْنُ طهمانَ ، عَنْ أَبِي الزُّبيرِ][2] عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « يَا مَعْشَرَ الأَنصارِ أَمسِكُوا عَلَيْكُم أَمْوَالَكُم ، وَلاَ تعمرُوها ، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً حَياتَهُ ، فَهُوَ لَهُ حَياتهُ وَمَوتهُ »[3] .

٣٢٩٩٦ - وَقَدْ رَواهُ ابنُ جُريجٍ أَيضاً عَنْ عَطاءٍ ، عَنْ جَابِرٍ .

٣٢٩٩٧ - أَخبَرنا أَبُو مُحمدٍ ؛ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدِ بن عَبْد المُؤمنِ ، قَالَ : حدَّثنا مُحمدُ بْنُ عُثْمانَ بْنِ ثَابتٍ أَبُو بكْرٍ الصَّيْدلانيُّ بِبَغْدادَ ، قَالَ : حَدَّثني إِسْمَاعِيلُ القَاضِي ، قالَ : حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ المَدِينيِّ ، قالَ : حَدَّثني سُفْيانُ ، قالَ : حَدَّثني ابْنُ جُريجٍ ، أَنَّهُ سَمعَ عَطاءَ يَقُولُ : سَمِعْتُ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لاَ تعمرُوا ، وَلاَ ترقبُوا ، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً ، أَو أَرْقَبَهُ ، فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » .

---

(١) سقطت العبارة بين الحاصرتين من (ي ، س) .

(٢) العبارة بين الحاصرتين سقط في (ي ، س) .

(٣) أخرجه مسلم في الهبات ، ح (٤١١٧ - ٤١١٩) باب العمرى (٥ : ٣٨٨) ، والنسائي في العمرى (٦ : ٢٧٤) ، « باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين .. » .

قَالَ سُفْيانُ : وأَخْبَرَنا عَمْرُو بْنُ دِينارٍ ، عَنْ سُليمانَ بْنِ يَسارٍ ، قالَ : قَضى طَارِقٌ بِالمَدِينَةِ بِالعُمرى لِلْوَارِثِ عَنْ قَولِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ النبيَّ ﷺ قَضى بِها(١) .

٣٢٩٩٨ -وَقَدْ ذَكَرْنا الآثارَ بِهذا المَعْنى فِي « التَّمْهِيدِ »(٢) .

٣٢٩٩٩ - **قال أبو عمر** : مَنْ قَالَ فِي العُمرى بِحَدِيثِ أَبي الزُّبيرِ ، عَنْ جَابِرٍ ، وَمَا كَانَ مِثْلَهُ فِي العُمرى جَعَلَ العُمرى هِبَةً مَبتولةً مِلْكاً للَّذِي أَعْمَرَها ، وأَبْطَلَ شَرْطَ ذِكرِ العُمْرِ فِيها .

٣٣٠٠٠ - وَبِهَذا قَالَ الشَّافعيُّ ، وأَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحَابُهما .

٣٣٠٠١ - وَهُوَ قَولُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شبرمَةَ ، وَسُفْيانَ الثَّوريِّ ، وَالحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَابْنِ عُيَيْنَةَ ، وأَحْمَدَ بْنِ حَنْبلٍ ، وأَبي عُبيدٍ ، كُلُّ هَؤُلاءِ يَقُولُونَ بِالعُمرى هِبَةٌ مَبتولَةٌ ، يَمْلِكُ المُعمرُ رَقَبَتَها ، وَمَنَافِعَها ، وَاشْتَرَطُوا فِيها القَبْضَ كَسَائِرِ الهِبَاتِ ، فَإِذا قَبَضَها المُعمرُ وَرِثَها عَنْهُ وَرَثَتُه بَعْدَهُ كَسائِرِ مَالِهِ ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَبْطَلَ شَرْطَ المُعمرِ فِيها ، وَجعَلَها مِلْكاً لِلْمُعمرِ مَوْرُوثاً عَنْهُ .

٣٣٠٠٢ - قَالُوا : وَسَواءٌ ذِكْرُ العَقِبِ فِي ذَلِكَ وَالسُّكوتُ عَنْهُ ؛ لأَنَّهُ لَو أَعْمَرَها مَنْ أَعْقَبَها ، أَو مَنْ لا يَكُونُ لَهُ عَقبٌ كَالمَجْبُوبِ ، وَالعَقِيمِ ، فَقالَ : لَكَ وَلِعَقِبِكَ ، أَو قَالَ ذَلِكَ لِمَنْ لَهُ عَقبٌ ، فَماتُوا قَبْلَهُ لَمْ يَكُنْ لِذِكْرِ العَقِبِ مَعنى يَصِحُّ ، إِلاَّ أَنَّها حِينَئذٍ تُورثُ عِنْدَهُم عَنْهُ ، وَقَدْ يَرِثُهُ غَيرُ عَقِبِهِ .

٣٣٠٠٣ - قَالُوا : فَذِكْرُ العَقِبِ لا مَعْنى لَهُ فِي ذَلِكَ ، وَإِنَّما المَعْنى الصَّحِيحُ مَا

---

(١) رواه مسلم في الهبات ، ح (٤١٢٠ ، ٤١٢١) ، باب العمرى (٥ : ٣٨٨) من طبعتنا . والنسائي في العمرى (٦ : ٢٧٤) ، « باب ذكر اختلاف الناقلين .. » إلخ .

(٢) راجع **التمهيد** (٧ : ١٢٠ - ١٢١) .

جَاءَ بِهِ الأَثَرُ وَاضِحاً أَنَّ العُمرى تُورَثُ عَنِ المُعْطِي لِملكِهِ لَها بِما جعَلَها رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ ذَلِكَ لَهُ حَياتَهُ ، وَمَوْتَهُ .

٣٣٠٠٤ - وَهُوَ قَولُ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ .

٣٣٠٠٥ - ذَكَرَ مَعمرٌ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ حَبِيبِ بْنِ أَبي ثَابِتٍ ، قَالَ : سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ وسَأَلَهُ أَعْرابِيٌّ أَعْطى ابْنَهُ نَاقَةً لَهُ حَياتَهُ ، فَأَنْتجَتْ إِبلاً ، فَقالَ ابْنُ عُمَرَ : هِيَ لَهُ حَياتَهُ وَمَوْتَهُ .

قَالَ : أَفَرَأَيتَ إِنْ تَصَدَّقَ بِها عَلَيه ، قَالَ : فَذَلِكَ أَبْعَدُ لَهُ[1] .

٣٣٠٠٦ - **قال أبو عمر** : هَذا الحَدِيثُ عَنِ ابْنِ عُمَرَ يَدُلُّ عَلى أَنَّ مَذْهَبَهُ فِي العُمرى بِخِلافِ مَذْهَبِهِ فِي الإِسْكانِ وَالسُّكْنى بِدَلِيلِ أَنَّهُ ورثَ مِنْ حَفْصَةَ أُخْتِهِ داراً كَانَتْ أَسْكَنَتْها بِنْتَ زَيْدِ بْنِ الخطَّابِ مَا عَاشَتْ ، فَلمَّا مَاتَتْ بِنْتُ زَيْدِ بْنِ الخطَّابِ بَعْدَ مَوتِ حَفْصَةَ وَرِثَ ابْنُ عُمَرَ الدَّارَ عَنْ أُخْتِهِ حَفْصَةَ ؛ لأَنَّها كَانَتْ عَلى مِلْكِها ، وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَارِثَها ؛ لأَنَّهُ كَانَ شَقِيقَها .

٣٣٠٠٧ - وَعَلى هَذَا أَكْثَرُ أَهْلِ العِلْمِ فِي الإِعْمَارِ وَالعُمرى إِذْ ذَلِكَ مُخالِفٌ للإِسْكانِ وَالسُّكْنى .

٣٣٠٠٨ - وَقَدْ كَانَ الحَسَنُ ، وَعَطاءٌ ، وَقتادَةُ يُسَوُّونَ بَيْنَ العُمرى ، والسُّكْنى ، وَقالُوا : مَنْ أَسْكَنَ أَحَدا دَارَهُ لَمْ يَنْصَرِفْ إِليهِ أَبداً[2] .

٣٣٠٠٩ - وكَانَ الشَّعبيُّ يَقُولُ : إِذا قَالَ : هِيَ لَكَ سُكْنى حَتَّى تَمُوتَ ، فَهِيَ لَهُ

---

(١) **التمهيد** (٧ : ١١٨) ، ومصنف عبد الرزاق (٩ : ١٨٦) ومسند الشافعي (٢ : ١٦٩) ، معرفة السنن (١٢٣٤٨) ، سنن البيهقي الكبرى (٦ : ١٧٤) .

(٢) مصنف عبد الرزاق (٩ : ١٨٧ ، ١٩٣) ، والمغني (٥ : ٦٢٩) .

حَيَاتَهُ وَمَوتَهُ ، وَإِذَا قَالَ : دَارِي هَذِهِ اسْكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ ، فَإِنَّهَا تَرجعُ إِلَى صَاحِبِهَا[١] .

٣٣٠١٠ - **قال أبو عمر** : جَعلَ هَؤُلاءِ السُّكنى كَالعُمرى هِبَةً تُملكُ بها الرَّقَبَةُ ، وَجَعَلَ مِلْكَ العُمرى كَالسُّكْنى ، لاَ تملكُ بِها إِلا المَنْفَعَةُ دُونَ الرَّقبةِ .

٣٣٠١١ - وَذَلِكَ الَّذِي عَلَيهِ جُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ فِي السُّكْنى وَالإِسْكانِ أَنَّهُ لا تُملكُ بِهِ رَقَبَةُ الشَّيْءِ .

٣٣٠١٢ - وَالخَبَرُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي العُمرى رَوَاهُ الثَّورِيُّ ، وَغَيرُهُ ، عَنْ أَبي الزُّبيرِ ، عَنْ طَاووسٍ ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : لاَ تَحِلُّ العُمرى ، وَلاَ الرُّقبى ، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً ، فَهُوَ لَهُ ، [وَمَنْ أَرْقبَ شيئا ، فَهُوَ لَهُ][٢] .

٣٣٠١٣ - وَالخَبرُ عَنْ جَابِرٍ رَوَاهُ ابْنُ جُريجٍ ، عَنْ أَبي الزُّبيرِ ، عَنْ جَابرٍ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي « التَّمْهِيدِ »[٣] .

٣٣٠١٤ - وَهُوَ قَولُ طَاووسٍ ، وَمُجاهِدٍ ، وَسُليمانَ بْنِ يَسارٍ ، وَبِهِ كانَ يَقْضِي شُريحٌ ، وَقَدْ ذَكَرْنا أَخْبارَ هَذا البَابِ ، وَطُرقَها ، وَأَلْفاظَها ، وَاخْتِلافَها فِي « التَّمْهِيدِ » ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً[٤] .

٣٣٠١٥ - وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ أَيُّوبَ السَّخْتِيانِيِّ ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ ، قَالَ : خَاصَمَ رَجُلٌ إِلى شُرَيحٍ فِي العُمْرى ، فَقضى لَهُ ، وَقَالَ : لَسْتُ أَنَا قَضَيْتُ لَكَ ، وَلَكِنَّ

---

(١) **التمهيد** (٧ : ١١٩) ، ومصنف عبد الرزاق (٩ : ١٩٣ ، ١٩٤) .

(٢) سقط في (ي ، س) ، والأثر في مصنف عبد الرزاق (٩ : ١٨٩) .

(٣) ، (٤) (٧ : ١١٩) .

مُحَمَّداً ﷺ قضى بِذَلِكَ مُنْذُ أَرْبَعِينَ سَنَةً ، : العُمرى مِيراثٌ عَنْ أَهْلِها ، مَنْ مَلَكَ شيئاً حَيَاتَهُ ، فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ إِذَا مَاتَ(١) .

٣٣٠١٦ - فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ شِهابٍ فِي صَدْرِ هَذا البَابِ ، فَقَدْ أَوْرَدْنا فِيهِ رِوَايَةَ مَالِكٍ لَهُ بِأَلْفَاظِهِ ، ثُمَّ رِوَايَةَ معمرٍ لَهُ بِأَلْفَاظِهِ .

٣٣٠١٧ - وَرَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذِئْبٍ ، وَالأَوْزَاعِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ أَخِي الزُّهْرِيِّ ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ عَلَى خِلاَفِ ذَلِكَ .

٣٣٠١٨ - فَأَمَّا رِوَايَةُ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ ، فَذَكَرَهَا فِي مُوَطَّئِهِ [عَنِ ابْنِ شِهابٍ](٢) عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ، عَنْ جَابِرٍ ، عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضَى فِيمَنْ أَعْمَرَ عُمرى لَهُ ، وَلِعَقِبِهِ ، فَهِيَ لَهُ قَبْلَهُ ، لاَ يَجُوزُ لِلْمُعْطِي فِيها شَرْطٌ ، وَلاَ مَثُوبَةٌ .

٣٣٠١٩ - قَالَ أَبُو سَلَمَةَ : لأَنَّهُ أَعْطَى عَطاءً وَقَعَتْ بِهِ المَوَارِيثُ ، فَقَطَعَتِ المَوَارِيثُ شَرْطَهُ .

٣٣٠٢٠ - **قال أبو عمر** : بَيَّنَ ابْنُ أَبِي ذِئْبٍ مَوْضِعَ المُسْنَدِ المَرْفُوعِ مِنْ هَذا الحَدِيثِ ، فَجعلَ سَائِرَهُ مِنْ قَوْلِ أَبِي سلمةَ ، فَجَوَّدَهُ .

٣٣٠٢١ - وَذَلِكَ بِخِلاَفِ مَا قَالَ مُحمدُ بْنُ يَحْيَى إِذْ جَعَلَهُ مِنْ قَوْلِ الزُّهْرِيِّ .

٣٣٠٢٢ - وَرَوَاهُ اللَّيْثُ عَنِ ابْنِ شِهابٍ بِإِسْنَادِهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ أَعْمَرَ رَجُلاً عُمرى لَهُ ، وَلِعَقِبِهِ ، فَقَدْ قَطعَ قَوْلُهُ حَقَّهُ فِيها ، وَهِيَ لِمَنْ أَعْمَرَها ، وَلِعَقِبِهِ .

٣٣٠٢٣ - وَرَوَاهُ الأَوْزَاعِيُّ ، قَالَ : حَدَّثَنِي الزُّهْرِيُّ ، قَالاَ : حَدَّثَنِي أَبُو سَلَمَةَ ،

(١) معرفة السنن (١٢٣٥٠) ، سنن البيهقي الكبرى (٦ : ١٧٥) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

قَالَ : حدَّثني جَابِرٌ ، عَنِ النبيِّ ﷺ قَالَ : « العُمرى لِمَنْ أَعْمَرَها ، هِيَ لَهُ ، ولِعَقِبِهِ » .

٣٣٠٢٤ - وَرِوايَةُ ابْنُ أَخِي الزُّهري نَحوُ ذلِكَ .

٣٣٠٢٥ - وَمَعَاني رُواةِ ابْنِ شِهابٍ كُلُّها مُتَقارِبَةٌ .

٣٣٠٢٦ - وأَمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ وَرِثَ حفْصةَ بِنْتَ عُمَرَ دارَها ، فَأَسْقَطَ حَرْفَ الجَرِّ ، وَهِيَ لُغَةٌ لِلْعَرَبِ .

٣٣٠٢٧ - قَالَ أَبُو الحَجْنَاء :

أَضْحَتْ جِيَادُ ابْنِ قَعْقاعٍ مُقَسَّمَةً .:. فِي الأَقْرَبِينَ بِلاَ مَنٍّ ، وَلاَ ثَمنِ

وَرِثتيهم ، فتسلوا عَنْك إِذْ ورثُوا .:. وَمَا وَرِثتكَ غَيرَ الهَمِّ وَالحزنِ

٣٣٠٢٨ - أَرادَ : وَمَا وَرِثت مِنْكَ غَيْرَ الهمِّ وَالحزن .

٣٣٠٢٩ - وَقَالَتْ زَيْنَبُ الطثرِيةُ[١] :

مضى وورثناه دريس مفاضة .:. وأبيض هندياً طويلاً حمائله

* * *

(١) نسبة إلى بطن من الأزد ، وأخوها يزيد بن الطثرية شاعر مشهور كان على عهد معاوية ، وقتل مع الوليد بن يزيد بن عبد الملك في حرب كانت باليمامة (١٢٦هـ) وهذا البيت من قصيدة ترثي بها أخاها يزيد لا إدريس ، وكلمة دريس خطأ ، صوابه دريعاً تصغير درع .

(٣٨) باب القضاء في اللقطة(*)

١٤٥٣ - مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنْ يَزِيدَ ، مَوْلَى الْمُنْبَعِثِ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ ؛ أَنَّهُ قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنِ اللُّقَطَةِ ؟ فَقَالَ : « اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا . ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلا فَشَأْنَكَ بِهَا » قَالَ : فَضَالَّةُ الْغَنَمِ يَا رَسُولَ اللَّهِ ؟ قَالَ : « هِيَ لَكَ ، أَوْ لأَخِيكَ ، أَوْ لِلذِّئْبِ » قَالَ : فَضَالَّةُ الإِبِلِ ؟ قَالَ : « مَالَكَ وَلَهَا ؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا ، تَرِدُ الْمَاءَ ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ ، حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا »(١) .

(*) **المسألة - ٦٩٩** - اللقطة : هي مال ضائع من ربه يلتقطه غيره ، وقال **الحنفية والشافعية** الأفضل الالتقاط ؛ لأن من واجب المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم ، بينما قال **المالكية والحنابلة** : الالتقاط مكروه ؛ لأنه تعريض لأكل الحرام ، ولما يخشى أيضاً من التقصير فيما يجب لها من تعريفها وردها لصاحبها وشرط التعدي عليها .

ويجب على الملتقط عند **الجمهور** تعريف اللقطة ؛ لأن ظاهر أمر الرسول ﷺ لزيد بن خالد في قوله : « عرفها سنة » يقتضي الوجوب ، وللملتقط أن يتولى تعريفها بنفسه .

وقد اختلف الفقهاء في حكم اللقطة بعد تعريفها سنة على رأيين : رأي يجيز تملكها للفقير فقط دون الغني ورأي يجيز تملكها مطلقاً ؛ فقد قال **جمهور الفقهاء** : يجوز للملتقط أن يتملك اللقطة وتكون كسائر أمواله سواء أكان غنيا أم فقيرا ؛ لأنه مروي عن جماعة من الصحابة كعمر وابن مسعود وعائشة وابن عمر وهو ثابت بقوله ﷺ في حديث زيد بن خالد : « فإن لم تعرف فاستنفقها » وفي لفظ « ثم كلها » وفي لفظ « فانتفع بها » ، وفي حديث أبي بن كعب « فاستنفعتها » ، وفي لفظ « فاستمتع بها » وهو حديث صحيح .

وقال الحنفية : إذا كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع باللقطة وإنما يتصدق بها على الفقراء سواء كانوا أجانب أم أقارب ولو أبوين أو زوجة أو ولدا ؛ لأنه مال الغير ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ [البقرة : ١٨٨] .

(١) الموطأ : ٧٥٧ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٧٥) ، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي =

= في المسند ١٣٧/٢ ، والبخاري في المساقاة (٢٣٧٢) . باب شرب الناس وسقي الدواب من الأنهار ، وفي اللقطة (٢٤٢٩) . باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها فتح الباري (٥ : ٨٤) ومسلم (١٧٢٢) في اللقطة ، وأبو داود في اللقطة (١٧٠٥) والنسائي في « الكبرى » على ما في « تحفة الأشراف » ٢٤٢/٣ - ٢٤٣ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٣٤/٤ ، ، والطبراني (٥٢٥٠) ، والبيهقي في السنن ١٨٥/٦ و ١٨٦ و ١٩٢ ، وفي معرفة السنن والآثار (٩ : ١٢٣٩٨) وأخرجه عبد الرزاق (١٨٦٠٢) ، والحميدي (٨١٦) ، وابن أبي شيبة ٤٥٦/٦ ، وأحمد ١١٧/٤ ، والبخاري في العلم (٩١) . باب الغضب والموعظة في التعليم إذا رأى ما يكره ، وفي اللقطة (٢٤٢٧) . باب ضالة الإبل ، و (٢٤٢٨) باب ضالة الغنم ، و (٢٤٣٦) باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه ؛ لأنها وديعة عنده ، و (٢٤٣٨) باب من عرف اللقطة ولم يرفعها للسلطان ، وفي الأدب (٦١١٢) باب ما يجوز من الغضب والشدة لأمر الله تعالى ، ومسلم (١٧٢٢) ، وأبو داود (١٧٠٤) ، والترمذي (١٣٧٢) في الأحكام : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، وأبو عبيد في « غريب الحديث » ٢٠١/٢ ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » ١٣٤/٤ ، والطبراني (٥٢٤٩) و (٥٢٥٢) و (٥٢٥٣) و (٥٢٥٥) و (٥٢٥٧) ، والدارقطني ٢٣٥/٤ و ٢٣٦ ، والبيهقي في السنن ١٨٥/٦ ، و ١٨٩ و ١٩٢ و ١٩٧ ، من طرق عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، به .

ومن طرق عن حماد بن سلمة ، عن يحيى بن سعيد ، عن يزيد مولى المنبعث ، عن زيد بن خالد الجهني أخرجه مسلم (١٧٢٢) (٦) في اللقطة ، وأبو داود (١٧٠٨) في اللقطة ، والنسائي في « الكبرى » كما في « التحفة » ٢٤٢/٣ ، والطبراني (٥٢٥١) ، والبيهقي في السنن ١٩٧/٦ .

وأخرجه الحميدي (٨١٦) ، وأحمد ١١٦/٤ ، والبخاري (٥٢٩٢) في الطلاق : باب حكم المفقود في أهله وماله ، ومسلم (١٧٢٢) (٥) ، والنسائي في « الكبرى » وابن ماجه (٢٥٠٤) ، والدارقطني ٢٣٥/٤ و ٢٣٦ ، والطحاوي ١٣٤/٤ و ١٣٥ ، والطبراني (٥٢٥٦) ، والبيهقي ١٨٥/٦ - ١٨٦ و ١٩٠ من طريقين عن يحيى بن سعيد ، به .

ومن طريق ابن وهب ، عن الضحاك بن عثمان ، عن بسر بن سعيد ، عن زيد بن خالد الجهني أخرجه مسلم (١٧٢٢) (٧) في اللقطة ، وابن ماجه (٢٥٠٧) في اللقطة ، والنسائي في « الكبرى » كما في « التحفة » ٢٣٠/٣ - ٢٣١ ، والبيهقي في السنن ١٨٦/٦ .

وأخرجه أحمد ١١٦/٤ و ١٩٣/٥ ، ومسلم (١٧٢٢) (٨) ، وأبو داود (١٧٠٦) ، =

١٤٥٤ - مَالِكٌ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ مُوسَى ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَدْرٍ الْجُهَنِيِّ ؛ أَنَّ أَبَاهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ نَزَلَ مَنْزِلَ قَوْمٍ بِطَرِيقِ الشَّامِ ، فَوَجَدَ صُرَّةً فِيهَا ثَمَانُونَ دِينَاراً ، فَذَكَرَهَا لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : عَرِّفْهَا عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ ، وَاذْكُرْهَا لِكُلِّ مَنْ يَأْتِي مِنَ الشَّامِ ، سَنَةً . فَإِذَا مَضَتِ السَّنَةُ ، فَشَأْنَكَ بِهَا[1] .

٣٣٠٣٠ - قال أبو عمر : رَوَى هَذَا الحَدِيثَ المُسْنَدَ فِي هَذَا البَابِ جَمَاعَةٌ عَنْ

= والترمذي (١٣٧٣) في الأحكام : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، والنسائي في « الكبرى » وابن ماجه (٢٥٠٧) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٣٨/٤ ، والطبراني (٥٢٣٧) ، و (٥٢٣٨) ، والبيهقي ١٩٢/٦ و ١٩٣ من طريقين عن الضحاك بن عثمان ، به .

(١) الموطأ : ٧٥٧ - ٧٥٨ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٧٦) ، ومصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٣٦) ، وسنن البيهقي (٦ : ١٩٣) ، والمحلى (٨ : ٢٥٩ ، ٢٦٢) .

الموطأ : ٧٥٧ ، ورواية أبي مصعب ()

وأخرجه من هذا الوجه عن زيد بن خالد البخاري في اللقطة (٢٤٢٩) ، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة (٥ : ٨٤) من فتح الباري ، وفي الشرب ، وفي الأدب ، وفي العلم ، وفي الطلاق .

وأخرجه مسلم في اللقطة ، ح (٤٤١٨ - ٤٤٢٣) ، باب معرفة العفاص والوكاء (٥ : ٦٣٧ - ٦٤٠) من طبعتنا .

وأبو داود في اللقطة ، ح (١٧٠٤ ، ١٧٠٥ ، ١٧٠٧ ، ١٧٠٨) في سننه (٢ : ١٣٥ - ١٣٦) . والترمذي في الأحكام ، ح (١٣٧٢) ، باب ما جاء في اللقطة (٣ : ٦٥٥) . والنسائي في الضوال واللقطة (في سننه الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٣ : ٢٤٢) . وابن ماجه في اللقطة (٢٥٠٤) ، باب ضالة الإبل والبقر والغنم (٢ : ٨٦٣) .

وروي من وجه آخر عن زيد بن خالد : رواه بسر بن سعيد عنه أخرجه مسلم ح (٤٤٢٤ - ٤٤٢٥) . وأبو داود ، ح (١٧٠٦) ، والترمذي ، ح (١٣٧٣) ؛ والنسائي (في الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٣ : ٢٣٠) . وابن ماجه ، ٢٥٠٧ ووقع هذا الحديث في **التمهيد** (٣ : ١٠٦) ، وما بعدها .

رَبِيعةَ ، كَما رَواهُ مَالِكٌ .

٣٣٠٣١ - ورَوَاهُ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ الأنصاريُّ ، عَنْ يَزِيدَ ؛ مولى المُنْبعِثِ .

٣٣٠٣٢ - كَما رَوَاهُ رَبِيعةُ بِمَعْنى وَاحِدٍ إلا فِي شَيْءٍ نَذْكُرهُ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى .

٣٣٠٣٣ - وَهُوَ حَدِيثٌ مُسْنَدٌ صَحِيحٌ فِيهِ مَعَانٍ أَجْمَعَ الفُقَهاءُ عَلى القَولِ بِها ، وَمَعَانٍ اخْتَلَفُوا فِيها ، فَما أَجْمَعُوا عَلَيهِ أَنَّ عِفاصَ اللُّقَطَةِ وَهِيَ الخِرْقَةُ المَرْبُوطُ فِيها الشَّيْءُ المُلْتَقَطُ .

٣٣٠٣٤ - وَأَصْلُ العِفَاصِ فِي اللُّغَةِ مَا سُدَّ بِهِ فَمُ القَارُورَةِ ، وَكُلُّ مَا سدَّ بِهِ فَمُ إِنَاءٍ ، فَهُوَ عِفاصٌ .

٣٣٠٣٥ - الوِكاءُ هُوَ الخَيطُ الَّتِي تَرْبطُ بِهِ وهما جَمِيعاً مِنْ عَلامَاتِ اللُّقَطَةِ إِذَا جَاءَ بِوَصْفِها صَاحِبُها ، كَانَ لَهُ عِنْدَ أَكْثرِ أَهْلِ العِلْمِ بِذَلِكَ أَخْذُها ، وَجَازَ لِلْمُلْتَقِطِ لَها دَفْعُها إِلَيهِ .

٣٣٠٣٦ - وَأَجْمَعُوا أَنَّ اللُّقَطَةَ مَا لَمْ تكُنْ تَافِها يسيراً ، أَو شَيْئاً ، لا بَقَاءَ لَهُ ، فَإِنَّها تُعَرَّفُ حَوْلاً كَامِلاً .

٣٣٠٣٧ - وَأَجْمَعُوا أَنَّ صَاحِبَها إِنْ جَاءَ ، وَثَبتَ أَنَّهُ صَاحِبُها أَنَّهُ أَحَقُّ بِها مِنْ مُلْتَقِطِها ، وَأَنَّهُ يضمنُ المُلْتَقِطُ قِيمَتَها إِنْ كَانَ أَكلَها ، أَو استَهلَكَها قَبْلَ الحَولِ ، أَو بَعْدَهُ ، فَإِنْ كَانَ استِهْلاكُ المُلْتَقطِ لَها بَعْدَ الحَولِ ، كَانَ صَاحِبُها مُخَيَّراً بَيْنَ أَنْ يضمنَ المُلْتقِطُ قِيمَتَها ، وبَيْنَ أَنْ يسلمَ لَهُ فعلَهُ فينزلُ عَلى أَجْرِها .

٣٣٠٣٨ - هَذا كُلُّهُ لا خِلافَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ فِيهِ .

٣٣٠٣٩ - وأَجْمَعُوا أَنَّ يَدَ المُلْتَقِطِ لَها لا تَنْطَلِقُ عَلى التَّصَرُّفِ فِيها ، بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ قَبْلَ الحَولِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا يَبْقى مِثْلُها حَولاً دُونَ فَسادٍ يَدْخُلُها .

٣٣٠٤٠ - وأَجْمَعُوا أَنَّ لآخِذِ ضَالَّةِ الغَنَمِ فِي المَوْضِعِ المَخُوفِ عَلَيها أَكْلَها .

٣٣٠٤١ - واخْتَلَفُوا فِي سَائِرِ ذَلِكَ عَلى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهِ تعالى :

٣٣٠٤٢ - فَمِنْها اخْتِلافُهم فِي الأَفْضَلِ مِنْ أَخْذِ اللُّقَطَةِ ، أَو تَرْكِها :

٣٣٠٤٣ - فَروى ابْنُ وَهْبٍ ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ اللُّقَطَةِ يَجِدُها الرَّجُلُ ، أَيَأْخُذُها ؟ [فقال][1] أَمَّا الشَّيءُ الَّذي لَهُ بَالٌ : فَإِنِّي أرى ذَلِكَ .

قَالَ : وإِنْ كَانَ لا يَقْوى عَلى تَعْرِيفِهِ ، فَإِنَّهُ يَجِدُ مَنْ هُوَ أَقْوى عَلى ذَلِكَ مِنْهُ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ يعْطِيهِ ، فَيُعرِّفُهُ ، فَإِنْ كَانَ شَيءٌ لَهُ بَالٌ : فَأَرى أَنْ يَأْخُذَهُ .

٣٣٠٤٤ - ورَوى يَحْيى بْنُ يَحيى ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ ، عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ كَرِهَ أَخْذَ اللُّقَطَةِ والآبِقِ جَمِيعاً ، قَالَ : فَإِنْ أَخَذَ أَحَدٌ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ ، فَأَبَقَ ، أَو ضَاعَتِ اللُّقَطَةُ مِنْ غَيرِ فِعْلِهِ ، ولَمْ يضيعْ لَمْ يضْمنْ .

٣٣٠٤٥ - وَقَولُ اللَّيْثِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ نَحو قَولِ مَالِكٍ .

٣٣٠٤٦ - قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : سَمِعْتُ مَالِكاً ، وَاللَّيْثَ يَقُولاَنِ فِي ضَالَّةِ الإِبِلِ : مَنْ وَجَدَها فِي القُرى أَخَذَها ، وَعَرَّفَها ، وَمَنْ وَجَدَها فِي الصَّحَارِي ، فَلاَ يَقْرَبْها .

٣٣٠٤٧ - قَالَ : وَقَالَ اللَّيْثُ : ولاَ أُحِبُّ لِضَالَّةِ الغَنَمِ أَنْ يَقْرَبَها أَحَدٌ إِلاَّ أَنْ يَجُوزَها لِصَاحِبِها .

٣٣٠٤٨ - **قال أبو عمر** : لَيْسَتِ اللُّقَطَةُ كَالآبِقِ ، ولاَ كَالضَّالَّةِ ؛ لأَنَّ اللُّقَطَةَ لا

---

(١) زيادة يستقيم بها السياق ثابتة في التمهيد (٣ : ١٠٨) .

مُؤْنَةَ فِيـها ، وَفِي حِفْظِها عَلى صَاحِبِـها أَجْرٌ لاَ مُؤْنَةَ فِيهِ ، وَلاَ مُـؤذية ، وليستْ ضَوَالُّ الحَيوانِ كَذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ المُؤْنَةِ ، وَلَمْ يُكَلِّفِ اللَّهُ عِبادَهُ ذَلِكَ وَلاَ رَسُولُهُ ﷺ .

٣٣٠٤٩ – وَاخْتَلَفَ ابْنُ القَاسِمِ ، وَأَشْهَبُ فِي الَّـذِي يَأْخُذُ الضَّالَّةَ ، ثُمَّ يَبْدُو لَهُ ، فَيردُّها إِلى مكانِها :

فَقالَ ابْنُ القاسمِ : إِنْ تباعَدَ ثُم ردَّها ضَمِنَ .

وَقالَ أَشْهَبُ : لاَ يضمنُ ، وَإِنْ تَباعَدَ .

٣٣٠٥٠ – وَقالَ الشَّافعيُّ : يضمنُ عَلى كُلِّ حَالٍ إِذَا رَدَّها بَعْدَ أَخْذِهِ لَها .

٣٣٠٥١ – وَهُوَ قَولُ طَاووسٍ .

٣٣٠٥٢ – **قال أبو عمر** : قَدْ كَرِهَ قَومٌ أَخْذَ اللُّقَطَةِ ، وَرَأَوْا تَرْكَها فِي مَوْضِعِها .

٣٣٠٥٣ – رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عُـمَـرَ وَابْـنِ عَـبَّـاسٍ ، وَبِـهِ قَـالَ جَـابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَعَطاءٌ ، وَإِليهِ ذَهَبَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبلٍ[1] .

٣٣٠٥٤ – فَأَمَّا حَديثُ ابنِ عُمَرَ ، فَفِي هَذا البَابِ فِي « المُوَطَّإِ » رواهُ .

* * *

١٤٥٥ – مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ ؛ أَنَّ رَجُـلاً وَجَدَ لُقَطَةً ، فَجَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَـرَ ، فَقَالَ لَهُ : إِنِّي وَجَـدْتُ لُقَطَةً ، فَمَاذَا تَـرَى فِيهَـا ؟ فَقَالَ لَهُ عَـبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ : عَرِّفْهَا ، قَالَ : قَدْ فَعَلْتُ ، قَـالَ : زِدْ ، قَالَ : قَدْ فَعَلْتُ ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ : لا آمُرُكَ أَنْ تَأْكُلَهَا ، وَلَوْ شِئْتَ ، لَمْ تَأْخُذْهَا[2] .

---

(١) مصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٣٧ – ١٣٨) ، الأثر (١٨٦٢٤) ، وفقه الإمام جابر بن زيد ، ص : ٤٩٣ .

(٢) الموطأ : ٧٥٨ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٧٧) ، ومصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٣٧) ، الأثر (١٨٦٢٣) ، وسنن البيهقي (٦ : ١٨٨) ، والمحلى (٨ : ٢٦٦) .

٣٣٠٥٥ - وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَرِهَ أَخْذَها .

٣٣٠٥٦ - وَرَأَى آخرُونَ أَخْذَها ، وَتَعْرِيفَها ، وَكَرِهُوا تَرْكَها مِنْهُم سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ .

٣٣٠٥٧ - وَبِهِ قَالَ الحَسَنُ بْنُ حَيّ ، وَالشَّافِعِيُّ فَقَالَ : لا أُحِبُّ لأَحَدٍ تَرْكَ لُقَطَةٍ وَجَدَها إِذَا كَانَ أَمِينا عَلَيها .

٣٣٠٥٨ - قَالَ : وَسَواءٌ قَلِيلُ اللُّقَطَةِ وَكَثِيرُها .

٣٣٠٥٩ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحابُهُ : مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً ، أَو ضَالَّةً كَانَ الأَفْضَلَ لَهُ أَخْذَها ، وَتَعْرِيفَها ، وَأَلا يَكُونَ ذَلِكَ سَبَبا لِضَيَاعِها .

٣٣٠٦٠ - **قال أبو عمر** : قَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ ضَالَّةِ الغَنَمِ ؟ فَقَالَ : « هِيَ لَكَ ، أَو لأَخِيكَ ، أَو لِلذِّئْبِ ، فَرُدَّ عَلى أَخِيكَ ضَالَّتَهُ »(١) .

٣٣٠٦١ - وَقَدْ روى سُلَيمانُ بْنُ بلالٍ ، عَنْ يَحيى بْنِ سَعِيدٍ ، وَرَبِيعَةُ ، عَنْ يَزِيدَ مَولى المُنْبَعِثِ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خالدٍ الجُهَنِيِّ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي هَذا الحَدِيثِ ، قَالَ : وَسَأَلَهُ عَنِ الشَّاةِ ، فَقَالَ : « خُذْها ، إِنَّما هِيَ لَكَ ، أَو لأَخِيكَ ، أَو لِلذِّئْبِ » .

٣٣٠٦٢ - وَقَدْ ذَكَرْنا الإِسْنَادَ بِهَذَيْنِ الحَدِيثَيْنِ فِي « التَّمْهِيدِ »(٢) .

---

(١) أخرجه النسائي في اللقطة (في سننه الكبرى) على ما جاء في تحفة الأشراف (٦ : ٣٣٠) .

والحديث في مسند الإمام أحمد (١١ : ١٣٣) بتحقيق الشيخ أحمد شاكر ح (٦٨٩١) .

وهو طرف من حديث أخرجه أبو داود في اللقطة (١٧١٠ ، ١٧١١ ، ١٧١٢ ، ١٧١٣) ، في سننه (٢ : ١٣٦ - ١٣٧) .

(٢) **التمهيد** (٣ : ١١٠ - ١١١) ، وقد تقدم تخريج الحديث في أول هذا الباب .

٣٣٠٦٣ - وَإذا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْمُرُ بِأَخْذِ الشَّاةِ وَيَقُولُ : « خُذْهَا ، وَرُدَّ على أَخِيكَ ضَالَّتَهُ » .

٣٣٠٦٤ - وَمَعْلُومٌ أَنَّ اللُّقَطَةَ مِثْلُهَا ؛ لأَنَّ الشَّأْنَ فِيهِمَا أَنَّهُ لا يَمْتَنِعُ شَيْءٌ مِنْهُمَا عَلَى مَنْ أَرَادَهُ بِهَلاكٍ أَو فَسَادٍ .

٣٣٠٦٥ - وَفِي أَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ بِتَعْرِيفِ الضَّالَّةِ الَّذِي سَأَلَهُ عَنْهَا ، وَلَمْ يَقُلْ لَهُ : لِمَ أَخَذْتَهَا ؟ وَأَمَرَهُ أَيضاً ﷺ بِأَخْذِ الشَّاةِ ، وَلَمْ يَقُلْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كَمَا قَالَ فِي الإِبِلِ دَعْهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِهَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الأَفْضَلَ أَخْذُهَا ، وَتَعْرِيفُهَا ؛ لأَنَّ تَرْكَهَا عَونٌ عَلَى ضَيَاعِهَا .

٣٣٠٦٦ - وَمِنَ الحَقِّ أَنْ يَحْفَظَ الْمُسْلِمُ عَلَى الْمُسْلِمِ مَالَهُ ، وَيَحُوطَهُ بِمَا أَمْكَنَه .

٣٣٠٦٧ - وَمَنْ قَاسَ اللُّقَطَةَ عَلَى الإِبِلِ ، فَقَالَ : لاَ تُؤْخَذُ ، لَمْ يُصِبِ القِيَاسَ .

٣٣٠٦٨ - وَقَد اخْتَلَفَ العُلَمَاءُ فِي اللُّقَطَةِ ، وَالضَّالَّةِ ؛

٣٣٠٦٩ - فَكَانَ أَبُو عُبَيدٍ ؛ القَاسِمُ بْنُ سَلامٍ يُفَرِّقُ بَيْنَ اللُّقَطَةِ وَالضَّالَّةِ ، وَقَالَ : الضَّالَّةُ لاَ تَكُونُ إِلا فِي الحَيَوانِ ، وَاللُّقَطَةُ فِي غَيرِ الحَيَوانِ .

٣٣٠٧٠ - قَالَ أَبُو عُبَيدٍ : إِنَّمَا الضَّوَالُّ مَا ضَلَّ بِنَفْسِهِ ، وَكَانَ يَقُولُ : لا يَنْبَغِي لأَحَدٍ أَنْ يَدَعَ اللُّقَطَةَ ، وَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الضَّالَّةِ .

وَيحتجُّ بِحَدِيثِ الجَارُودِ[(١)] ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ : « ضَالَّةُ المُؤْمِنِ حرقُ النَّارِ »[(٢)] ،

٣٣٠٧١ - وَبِحَدِيثِ جريرٍ ، عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لاَ يَأْوِي الضَّالَّةَ إِلا ضَالٌّ »[(٣)] .

٣٣٠٧٢ - وَقالَ غَيْرُهُ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ : اللُّقَطَةُ وَالضَّالَّةُ سَوَاءٌ فِي المَعْنى ، وَالحُكْمُ فِيهِما سَوَاءٌ .

٣٣٠٧٣ - وَمِمَّنْ ذَهَبَ إِلى هَذا أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيُّ وَأَنْكَر قَولَ أَبي عُبيدٍ الضَّالة مَا ضَلَّ بِنَفْسِهِ ، وَقالَ : هَذَا غَلَطٌ ؛ لأَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنِ النبيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ الإِفْكِ قَوْلُهُ لِلْمُسْلِمِينَ : « إِنَّ أُمَّكُمْ ضَلَّتْ قلادَتُها » ، فَأَطْلَقَ ذَلِكَ عَلى القِلادَةِ[(٤)] .

---

(١) هو الصحابي الجليل الجارود بن المعلى العبدي ، ويقال ابن عمرو وقيل ابن العلاء ، والجارود لقب له ويقال اسمه بشر بن حنش .

كان نصرانياً وقدم على النبي ﷺ سنة عشر في وفد عبد القيس الأخير ، وسر النبي ﷺ بإسلامه وقربه وأدناه .

غزا بكر بن وائل فاستأصلهم ، وقتل بأرض فارس بعقبة الطين سنة إحدى وعشرين في خلافة عمر (رضي الله عنه) . وقيل : قتل بنهاوند مع النعمان بن مقرن . وقيل : بقي إلى خلافة عثمان روى ابن منده الأول عن بعض ولد الجارود ، وهو الأشهر . انظر ترجمته في الإصابة (١ : ٢٢٦) .

(٢) أخرجه النسائي في الضوال (في سننه الكبرى) على ما في تحفة الأشراف (٢ : ٤٠٥ ، ٤٠٦) . والحديث عند الترمذي تعليقاً في كتاب الأشربة ، باب ما جاء في النهي عن الشرب قائماً (٤ : ٣٠١) ، ومصنف عبد الرزاق (١٠ : ١٣١) ، وأحمد في المسند (٥ : ٨٠) ومسند أبي يعلى (٢ : ٢٢٠) وصححه ابن حبان - موارد الظمآن ص ٢٨٤ . وشرح معاني الآثار للطحاوي (٤ : ١٣٣) والبيهقي في المعرفة (١٢٤٣٦) ، والسنن الكبرى (٦ : ١٩٠) .

(٣) أخرج حديث جرير أبو داود في اللقطة ، ح (١٧٢٠) ، في سننه (٢ : ١٣٩) ، والنسائي في الضوال (في سننه الكبرى) على ما في تحفة الأشراف (٢ : ٤٣٢) . وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٥٠٣) ، باب ضالة الإبل والبقر والغنم (٢ : ٨٣٦) .

(٤) شرح معاني الآثار (٤ : ١٣٣) .

٣٣٠٧٤ – وَقالَ فِي قَولِهِ ﷺ : « ضَالَّةُ المُؤْمِنِ حرقُ النَّارِ » ، إِنَّما قَالَ ذَلِكَ ؛ لأَنَّهُم أَرَادُوها لِلرُّكُوبِ والانْتِفَاعِ ، لا لِلْحِفْظِ عَلى صَاحِبِها .

٣٣٠٧٥ – وَذَلِكَ بَيِّنٌ فِي رِوَايَةِ مطرف بْنِ الشِّخيرِ ، عَنْ أَبِيهِ ، فَذكرَهُ وَذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ الجهنيِّ ، عَنْ النَّبيِّ ﷺ قالَ : « مَنْ آوَى ضَالَّةً فَهُوَ ضَالٌّ مَالَمْ يُعَرِّفْها » .

٣٣٠٧٦ – وَقَدْ ذَكَرْنا إِسْنادَ كُلِّ حَدِيثٍ مِنْها فِي « التَّمْهِيدِ »[1] .

٣٣٠٧٧ – **قال أبو عمر** : فِي قَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ضَالَّةِ الغَنَمِ : « هِيَ لَكَ ، أَو لأَخِيكَ ، أَو لِلذِّئْبِ » وَفِي ضَالَّةِ الإِبِلِ مَالَكَ وَلَها مَعَها حِذَاؤُها ، وَسِقَاؤُها .

٣٣٠٧٨ – الحَدِيثُ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلى أَنَّ العِلَّةَ فِي ذَلِكَ خَوفُ التَّلَفِ ، وَالذَّهابُ ، لا جنس الوَاهِبِ ، فَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا ضَلَّ بِنَفْسِهِ ، وَمَا لَمْ يَضلّ بِنفْسِهِ ، وَلا بَيْنَ الحَيَوانِ وَغَيرِهِ ؛ لأَنَّ المُرادَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ حِفْظُهُ عَلى صَاحِبِهِ ، وَخَوفُ ذِهَابِهِ عَنْهُ ، وَإِنَّما خَصَّ الإِبِلَ ؛ لأَنَّها إِذَا تَرَكَها وَاجِدُها ، وَلَمْ يَعْرِضْ لها وَجَدَها صاحبها سالمة عِنْدَ طَلَبِهِ لَها ، وَبحثه عنها ؛ لأَنَّ الذِّئبَ لاَ يخافُ عَليها فِي الأَغْلَبِ مِنْ أَمْرِها ، وَصَبْرِها عَنِ المَاءِ فَوقَ صَبْرِ غَيرِها مِنَ الحَيَوانِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا أَرَادَ ﷺ .

٣٣٠٧٩ – وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي التَّافِهِ اليَسِيرِ المُلْتَقَطِ ، هَلْ يُعَرَّفُ حَوْلاً كَامِلاً أَمْ لا ؟ :

٣٣٠٨٠ – فَقالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ تَافِهاً يَسِيراً تَصدَّقَ بِهِ قَبْلَ الحَولِ .

٣٣٠٨١ – وَقالَ فِي مِثْلِ المخلاةِ وَالحَبْلِ وَالدَّلْوِ ، وَأَشْباهِ ذَلِكَ إِنْ كَانَ فِي طَرِيقٍ

---

(١) (٣ : ١١٢) .

وَضَعَهُ فِي أَقْرَبِ الأَمَاكِنِ إِلَيهِ لِيعرفَ ، وَإِنْ كَانَ فِي مَدِينَةٍ انْتفعَ بِهِ ، وَعرَّفَهُ ، وَلَو تَصَدَّقَ بِهِ كَانَ أَحَبَّ إِلَيَّ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ كَانَ عَلَيَّ حَقُّهُ ،

٣٣٠٨٢ - وَقَدْ روى مَالِكٌ ، وَابْنُ القاسِمِ أَنَّ اللُّقَطَةَ تُعَرَّفُ سَنَةً ، وَلَمْ يفرِّقْ بَيْنَ قَلِيلِها وَكَثِيرِها .

٣٣٠٨٣ - وَروى عِيسى ، عَنِ ابْنِ وَهبٍ أَنَّهُ قَالَ : مَا قَلَّ عَنْ ذَلِكَ عَرَّفَهُ أَيَّاماً ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهُ تَصَدَّقَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ غنيًا ، وَإِنْ كَانَ مُحْتَاجاً أَكَلَهُ .

٣٣٠٨٤ - وَقَالَ الشَّافعيُّ[1] : يعرفُ القَلِيل والكثير مِنْ مَالِهِ بقاء حَولاً كَامِلاً ، وَلاَ تَنْطَلِقُ يَدُهُ عَلى شَيْءٍ مِنْهُ قَبْلَ الحَولِ بِصَدَقَةٍ ، وَلاَ غَيرِها .

٣٣٠٨٥ - فَإِذا عَرَّفَها حَوْلاً أَكَلَهُ ، أَو تَصَدَّقَ بِهِ ، فَإِذا جَاءَهُ صَاحِبُهُ ، كَانَ غَرِيماً فِي المَوتِ وَالحَياةِ .

٣٣٠٨٦ - قَالَ : وَإِنْ كَانَ طَعاماً لا يَبْقى ، فَلَهُ أَنْ يَأْكُلَهُ ، وَيغرمَهُ لِرَبِّهِ .

٣٣٠٨٧ - وَقَالَ المزنيُّ : وَمِمَّا وجدَ بخطِّهِ أَحبُّ إِلَيَّ أَنْ يَبِيعَهُ ، وَيقيمَ عَلى تَعْرِيفِهِ حَولاً ، ثُمَّ يَأْكُلَهُ .

٣٣٠٨٨ - قَالَ المزنيُّ : هَذا أَولى بِهِ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ لَمْ يَقُلْ لِلْمُلْتَقِطِ : فَشَأْنَكَ بِها إِلا بَعْدَ السَّنَةِ ، وَلَمْ يُفرِّقْ بَيْنَ القَلِيلِ وَالكَثِيرِ .

٣٣٠٨٩ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحابُهُ : مَا كَانَ عَشرةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً عَرَّفَهُ حَولا كَامِلاً ، وَمَا كَانَ دُونَ ذَلِكَ عَرَّفَهُ عَلى قَدْرِ مَا يرى .

---

(١) في الأم (٤ : ٦٥ ، ٦٦) باب « اللقطة الصغيرة » .

٣٣٠٩٠ - وقَالَ الحسَنُ بْنُ حَيّ كَقَولِهم سَواءً ، إلاَّ أنَّهُ قَالَ : مَا كَانَ دُونَ عشرةِ دَرَاهِمَ عَرَّفَهُ ثَلاثَةَ أيَّامٍ .

٣٣٠٩١ - وقَالَ الثَّوريُّ ، [فِي الَّذِي يَجِدُ الدِّرْهَمَ يُعَرِّفُهُ أرْبَعَةَ أيَّامٍ .

٣٣٠٩٢ - رَوَاهُ عَنْهُ أبُو نعيمٍ .

٣٣٠٩٣ - واتَّفقَ الفُقَهاءُ فِي الأمْصارِ ؛ مَالِكٌ][1] والثَّوريُّ ، والأوْزاعيُّ ، وأبُو حَنِيفَةَ ، واللَّيْثُ ، والشَّافعيُّ ، وأحْمَدُ ، وإسْحاقُ ، وأبُو عُبيدٍ ، وأبُو ثَورٍ ، ودَاوُدُ أنْ يُعرِّفَ اللُّقَطَةَ سَنَةً كَامِلَةً ؛ لَهُ بَعْدَ تَمامِ السَّنَةِ أنْ يَأْكُلَها إنْ كَانَ فَقِيراً ، أو يتصدَّق بِها ، فَإنْ جاءَ صَاحِبُها ، وشَاءَ أنْ يضمنهُ كَانَ ذَلِكَ لَهُ .

٣٣٠٩٤ - ورُوِيَ ذَلِكَ عَنْ جَماعَةٍ مِنَ السَّلَفِ مِنْهُم عُمَرُ ، وابْنُ عُمَرَ ، وابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم كُلِّهم - قَالَ : إنْ تَصدَّقَ بِها ، وجَاءَ صَاحِبُها كَانَ مُخَيَّراً بَيْنَ الأجْرِ ينْزِلُ عَلَيْهِم ، أو الضَّمَانِ يضْمنُ المُتصدِّق بِها إنْ شاءَ .

٣٣٠٩٥ - واخْتَلَفُوا هَلْ لِلْغَنِيِّ أنْ يَأْكُلَها ، ويستنفقها بَعدَ الحَوْلِ أمْ لاَ ؟

فَاستَحبَّ مَالِكٌ لِلْغَنِيِّ أنْ يَتَصَدَّقَ بِها أو يَحبسَها ، وإنْ أكَلَهَا ، ثُمَّ جاءَ صَاحِبُها ضَمِنَها .

٣٣٠٩٦ - قَالَ ابْنُ وَهبٍ : قُلْتُ لِمَالِكٍ : مَا قَولُ عُمَرَ : « فَإنْ جاءَ صَاحِبُها وإلا فَشَأْنَكَ بِها » .

قَالَ : شَأْنُهُ يَصْنَعُ بِها مَا شَاءَ - إنْ شَاءَ أمْسَكَها ، وإنْ شَاءَ تَصدَّقَ بِها ، وإنْ شَاءَ اسْتَنْفَقَها .

قَالَ : فَإنْ جاءَ صَاحِبُها أدَّاهَا إلَيهِ .

---

(١) العبارة بين الحاصرتين سقطت في (ي ، س) .

٣٣٠٩٧ - وَقَالَ أَبو حَنِيفَةَ : لاَ يَأْكُلُها الغَنيُّ البَتَّةَ بَعْدَ الحَولِ ، وَيتصدَّقُ بِها عَلى كُلِّ حَالٍ ، إِلا أَنْ يكُونَ ذَا حَاجَةٍ إِلَيْهَا ، وإِنَّما يأْكُلُها الفَقِيرُ ، فَإِنْ جاءَ صَاحِبُها كَانَ مُخَيَّراً عَلى الفَقِيرِ الأَكْلُ وَعَلى الغَنيِّ التَّصَدُّقُ .

٣٣٠٩٨ - وَمِمَّنْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ المُلْتَقِطَ يَتَصَدَّقُ بِها ، وَلاَ يَأْكُلُها : عَلِيٌّ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - [وَسَعِيدُ بْنُ المُسَيِّبِ][1] ، وَالحَسَنُ ، والشَّعبيُّ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَطَاووسٌ ، والثَّوريُّ ، وَالحَسَنُ بْنُ حَيٍّ .

٣٣٠٩٩ - وَقالَ الأَوْزاعيُّ : إِنْ كَانَ مَالاً كَثِيراً جعَلَها فِي بَيْتِ المَالِ .

٣٣١٠٠ - وَقالَ الشَّافِعِيُّ[2] : يأْكُلُ اللُّقَطَةَ الغَنِيُّ ، وَالفَقِيرُ بَعْدَ الحَوْلِ .

٣٣١٠١ - وَهُوَ تَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ ، وأَصْحابِهِ ، وَعَلَيهِ يناطُ أَصْحابُهُ ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِوَاجِدِهَا : شَأْنَكَ بِها بَعْدَ السَّنَةِ ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ ، وَلاَ سَأَلَهُ أَغَنِيٌّ أَنْتَ أَمْ فَقِيرٌ ؟

٣٣١٠٢ - وَفِي حَدِيثِ عياض بْنِ حمارٍ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها ، فَهُوَ أَحَقُّ بِها ، وَإِلا فَهُوَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ »[3] .

٣٣١٠٣ - وَهَذا مَعْنَاهُ عِنْدَ الجَمِيعِ انْطِلاقُ يَدِ المُلْتَقِطِ عَلَيْهَا بَعْدَ الحَوْلِ بِما شَاءَ مِنَ الأَكْلِ لَها وَاسْتِنْفَاقِها ، أَو الصَّدَقَةِ بِها ، وَلَكِنَّهُ يضْمَنُها إِنْ جَاءَ صَاحِبُها بِإِجْمَاعِ المُسْلِمِينَ .

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) في الأم (٤ : ٦٧) .

(٣) أخرج حديث عياض بن حمار في اللقطة أبو داود ، ح (١٧٠٩) في سننه (٢ : ١٣٦) ، والنسائي في اللقطة في سننه الكبرى ، وفي القضاء في الكبرى أيضاً على ما جاء في تحفة الأشراف (٨ : ٢٥٠) . وابن ماجه في الأحكام ، ح (٢٥٠٥) ، باب اللقطة (٢ : ٨٣٧) .

٣٣١٠٤ - وَمِمَّنْ رُوِيَ عَنْهُ مِثْلُ قَولِ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيُّ أَنَّ المُلْتَقِطَ مُخَيَّرٌ بَعْدَ الحَوْلِ فِي أَكْلِها ، أَو الصَّدَقَةِ بِها عُمَرُ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، وَعَائِشَةُ - رضي الله عنهم .

٣٣١٠٥ - وَهُوَ قَولُ عَطاءٍ ، وَأَحْمَدَ ، وَإِسْحاقَ ، وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ غَنِيٍّ وَفَقِيرٍ .

٣٣١٠٦ - وَاخْتَلَفُوا فِي دَفعِ اللُّقَطَةِ إِلى مَنْ جَاءَ بِالعَلامَةِ دُونَ بَيِّنَةٍ :

٣٣١٠٧ - فَقَالَ مَالِكٌ : يَسْتَحِقُّ بِالعَلامَةِ .

٣٣١٠٨ - قَالَ ابْنُ القَاسِمِ : وَيُجْبَرُ عَلى دَفْعِها إِلَيهِ ، فَإِنْ جَاءَ مُسْتَحِقٌّ ، فَاسْتَحَقَّها بِبَيِّنَةٍ ، لَمْ يَضْمَنِ المُلتَقِطُ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ .

٣٣١٠٩ - قَالَ مَالِكٌ : وَكَذَلِكَ اللُّصُوصُ إِذَا وُجِدَ مَعَهُم أَمْتِعَةٌ فَجاءَ قَومٌ فَادَّعَوها ، وَلَيستْ لَهُم بَيِّنَةٌ ، أَنَّ السُّلْطَانَ يَتلومُ لَهُم فِي ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ غَيرُهُم دَفَعَها إِلَيْهِم ، وَكَذَلِكَ الآبِقُ .

٣٣١١٠ - وَهُوَ قَولُ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ ، وَالحَسَنِ بْنِ حَيٍّ فِي اللُّقَطَةِ أَنَّها تُدْفَعُ لِمَنْ جَاءَ بِالعَلامَةِ .

٣٣١١١ - وَحُجَّةُ مَنْ قَالَ قَولُهُ ﷺ : « وَعَرِفَ عِفاصَها وَوِكَاءَهَا ، وَعِدتَها ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها يَعرِفُها ، فَادْفَعْها إِلَيهِ » .

٣٣١١٢ - وَهَذا نَصٌّ فِي مَوْضِعِ الخِلافِ يُوجِبُ طَرْحَ مَا خَالَفَهُ .

٣٣١١٣ - وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ ، أَبُو عُبَيدٍ .

٣٣١١٤ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُهما : لا يَسْتَحِقُّ إِلا بِبَيِّنَةٍ ، وَلا يُجْبَرُ المُلتَقِطُ لَها أَنْ يَدْفَعَها إِلى مَنْ جَاءَ بِالعَلامَةِ ، وَيَسعهُ أَنْ يَدفَعها إِلَيهِ فِيما بَينَهُ وَبَينَهُ دُونَ قَضاءٍ .

٣٣١١٥ - وَذكرَ المزنيُّ ، عَنِ الشَّافعيِّ قالَ : فَإِذَا عَرفَ صَاحِبُ اللُّقَطَةِ العفاصَ ، والوكاءَ ، والعدةَ ، والوزْنَ وَحلاهَا بحليتها ، ووقعَ فِي نَفسِ المُلْتَقِطِ أَنَّهُ صَادِقٌ كَانَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاها ، ولاَ أُجبرهُ ؛ لأَنَّهُ قَدْ يُصيبُ الصِّفَةَ بِأَنْ يَسْمعَ المُلْتَقِطَ يَصِفُها .

٣٣١١٦ - قَالَ : ومَعْنى قَولِ النَّبيِّ ﷺ : « اعْرِفْ عفاصَها ، وَوِكاءَها معَها - والله أعْلَمُ - لأَنْ يُؤدِّي عفاصَها ووِكاءَها معَها »[1] ، ولْيَعْلَمْ إِذا وَضَعَها فِي مَالِهِ أَنَّها لُقَطَةٌ .

٣٣١١٧ - وَقَدْ يكُونُ اسْتدلَّ بِذَلِكَ عَلى صِدْقِ المُعَرِّفِ ، أرَأَيْتَ لَو وَصَفَها عَشرةٌ أَيُعطَونَها كُلَّهم ، ونَحْنُ نَعلَمُ أَنَّ كُلَّهُم كَاذِبٌ إلا وَاحِدٌ بِغَيرِ عَيْنِه يمكنُ أَنْ يكُونَ صَادِقاً .

٣٣١١٨ - وَقَدْ قَالَ أَبو حَنيفَةَ : إِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ دَنَانِيرَ ، أَو دَرَاهِمَ ، فَسَمَّى طَالِبُها وَزْنَها وَعَدَدَها ، وَعفاصَها ، ووِكَاءَها دفَعَها إِليه إِنْ شَاءَ ، وأَخذَهُ بِها كَفيلاً .

٣٣١١٩ - **قال أبو عمر** : ظَاهِرُ الحَديثِ أَولى مِمَّا قَالَ هؤُلاءِ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ قَالَ لِلْمُلْتَقِطِ : « اعْرِفْ عِفاصَها ، ووِكاءَها ، فَإِنْ عرَفَها صَاحِبُها فادْفَعْها إِليهِ » .

٣٣١٢٠ - هكَذا قَالَ حَمَّادُ بْنُ سلمَةَ [وَغَيْرُهُ][2] فِي الحَديثِ ، وقَدْ ذَكَرْناهُ فِي « التَّمهيدِ »[3] .

٣٣١٢١ - واختَلَفُوا فِيمَنْ أَخذَ لُقَطَةً ولَمْ يَشْهَدْ عَلى نَفْسِهِ أَنَّهُ التَقَطَها ، وأَنَّها

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ك) .

(٣) (٣ : ١١٢) .

عِنْدَهُ ؛ لِيعرِّفَها ، ثُمَّ هلكَتْ عِنْدَهُ ، وَهُوَ لَمْ يَشْهَدْ ؛

٣٣١٢٢ - فَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافعيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، [وَمُحمدٌ][1] : لا ضَمانَ عَلَيهِ إذا هَلَكَتْ مِنْ غَيرِ تَضْيِيعٍ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَشْهَدْ .

٣٣١٢٣ - وَهُوَ قَولُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شبرمَةَ .

٣٣١٢٤ - وَقَالَ أَبُو حَنيفَةَ ، وَزُفَرُ : إِنْ أَشْهَدَ حِينَ أَخَذَها أَنَّهُ يَأْخُذُها لِيُعَرِّفَها لَمْ يَضْمَنْها إِنْ هَلَكَتْ ، وَإِنْ لَمْ يشهدْ ضَمِنَها ،

٣٣١٢٥ - وَحُجَّتُهما حَدِيثُ مُطرفِ بْنِ الشِّخيرِ عَنْ عياضِ بْنِ حمارٍ قالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً ، فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ ، أَو ذَوَيْ عَدْلٍ وَلْيُعَرِّفْ وَلا يكتُمْ ، ولاَ يُغَيِّبْ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها ، فَهُوَ أَحَقُّ بِها ، وَإِلا فَهُوَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » .

٣٣١٢٦ - رَوَاهُ شُعْبَةُ ، عَنْ خَالِدِ الحذاءِ ، قَالَ : سَمِعْتُ يَزِيدَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الشِّخيرِ يُحَدِّثُ عَنْ أَخيهِ مُطرفٍ ، عَنْ عِياضِ بْنِ حمارٍ عَنِ النبيِّ ﷺ .

٣٣١٢٧ - **قال أبو عمر** : مِنْ حُجَّةِ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحمدٍ إِجْماعُ العُلماءِ بِأَنَّ المَغْصُوبَاتِ لَو أَشْهَدَ الغَاصِبُ على نَفْسِهِ أَنَّهُ غَصَبَها لَمْ يُدْخِلْها إِشْهادُهُ ذَلِكَ فِي حُكْمِ الأَمَانَاتِ ، فَكَذَلِكَ تَرْكُ الإِشْهَادِ عَلى الأَمَانَاتِ ، لاَيُدْخِلُها فِي حُكْمِ المَضْمُونَاتِ .

٣٣١٢٨ - وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي اللُّقَطَةِ : « إِنْ جَاءَ صَاحِبُها ، وَإِلا فَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ » فِي حَدِيثِ سُليمانَ بْنِ بِلالٍ وَغيرِهِ عَلى مَا ذَكَرْناهُ فِي « التَّمْهِيدِ » .

---

(١) سقط في (ك) .

٣٣١٢٩ - وَلا خِلاَفَ أَنَّ المُلْتَقِطَ أَمِينٌ ، لا ضَمانَ عَلَيهِ إلا بِما تُضْمَنُ بِهِ الأَمانَاتُ مِنَ التَّعَدِّي وَالتَّضْيِيعِ ، وَالاستِهْلاكِ .

٣٣١٣٠ - وَمَعْنى حَدِيثِ عِياضِ بْنِ حَمَّارٍ عِنْدِي - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ مُلْتَقِطَ اللُّقَطَةِ إِذَا لَمْ يُعَرِّفْهَا ، وَلَمْ يَسْلُكْ بِها سُنَّتَها مِنَ الإِشَادَةِ ، وَالإِعْلاَنِ بِها ، وَغيبَ وَكَتَمَ ، ثُمَّ قَامَتْ عَلَيهِ البَيِّنَةُ أَنَّهُ وَجَدَ لُقَطَةً ، وَأَنَّهُ أَخَذَها ، وَضَمَّها إلى بينه ، ثُمَّ ادَّعى تَلَفَها ، فَإِنَّهُ لاَ يُصَدَّقُ ، وَيضمنُ ؛ لأَنَّهُ بِفعْلِهِ ذَلِكَ فِيها خَارِجٌ عَنِ الأَمَانَةِ ، فَيضمنُ إلا أَنْ يُقيمَ البَيِّنَةَ بِتَلَفِها .

٣٣١٣١ - وَأَمَّا إِذا عَرَّفَها ، وَأَعْلَنَ أَمْرَهَا ، وَسَلَكَ فِيها سُنَّتَها مِنَ الإِشَادَةِ فِي الأَسْوَاقِ ، وَأَبْوابِ الجَوامِعِ ، وَشِبْهِها ، وَإِنْ لَمْ يشهدْ فَلا ضَمانَ عَلَيهِ ، وَبِاللَّهِ التَّوفيقُ .

٣٣١٣٢ - فَهَذا مَافِي مَعْنى الحَدِيثِ فِي اللُّقَطَةِ .

٣٣١٣٣ - وَأَمَّا حُكْمُ الضَّوَالِّ مِنَ الحَيَوانِ ، فَإِنَّ الفُقهاءَ اخْتَلَفُوا في ذَلِكَ مِنْ وُجُوهٍ :

٣٣١٣٤ - فَقالَ مَالِكٌ فِي ضَالَّةِ الغَنَمِ : مَا قربَ مِنَ القُرى ، فَلاَ يأْكُلْها ، وَضمنَها إلى أَقْربِ القُرى ، لِتُعرفَ فِيها .

٣٣١٣٥ - قَالَ : وَلاَ يَأْكُلْها واجِدُها ، وَلا مَنْ تُرِكَتْ عِنْدَهُ حَتَّى تَمُرَّ بِها سَنَةٌ كَامِلَةٌ ، أَو أَكْثَرُ .

٣٣١٣٦ - كَذا قَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْهُ .

٣٣١٣٧ - قَالَ : وَإِنْ كَانَ لِلشَّاةِ صَوفٌ ، أَو لَبَنٌ ، وَوَجَدَ مَنْ يَشْتَرِي ذَلِكَ مِنْهُ

بَاعَهُ ، وَدَفَعَ ثَمَنَهُ لِصَاحِبِ الشَّاةِ إِنْ جَاءَ .

٣٣١٣٨ - قَالَ مَالِكٌ : وَلاَ أَرى بَأْساً أَنْ يُصِيبَ مِنْ نَسْلِهَا وَلَبَنِهَا بِنَحْوِ قِيَامِهِ عَلَيْهَا .

٣٣١٣٩ - قَالَ : وَإِنْ كَانَ تَيساً ، فَلاَ بَأْسَ أَنْ يَتْرُكَهُ يَنْزُو عَلَى غَنَمِهِ مَا لَمْ يفسدْهُ ذَلِكَ .

٣٣١٤٠ - هَذا كُلُّهُ إِذا وجدَ بِقُرْبِ القُرى مِنَ الغَنَمِ .

٣٣١٤١ - وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْهَا فِي الفَلَوَاتِ ، وَالمَهَامِهِ(١) ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا ، وَيَأْكُلُهَا ، وَلاَ يُعَرِّفُهَا ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هِيَ لَكَ ، أَو لأَخِيكَ ، أَو لِلذِّئْبِ » .

٣٣١٤٢ - قَالَ : وَالبَقَرُ بِمَنْزِلَةِ الغَنَمِ إِذَا خِيفَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ لَمْ يخفْ عَلَيْهَا السِّبَاعَ فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الإِبِلِ .

٣٣١٤٣ - وَقَالَ الأَوْزَاعِيُّ فِي الشَّاةِ إِنْ أَكَلَهَا وَاجِدُهَا ضَمِنَهَا لِصَاحِبِهَا .

٣٣١٤٤ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَأْخُذُ الشَّاةَ بِالفَلاةِ ، وَيُعَرِّفُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَجِئْ صَاحِبُهَا أَكَلَهَا ، ثُمَّ ضَمِنَهَا إِنْ جَاءَ .

٣٣١٤٥ - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، وَسَائِرِ العُلَمَاءِ .

٣٣١٤٦ - **قال أبو عمر** : اتَّفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُهُمَا ، وَأَبُو ثَورٍ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ عَلَى أَنَّ المُلْتَقِطَ لِلشَّاةِ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا أَكَلَ مِنْ لَبَنِهَا وَثَمَنِ صُوفِهَا ، وَقِيمَةِ نزواتِهِ على ضَأْنِهِ ؛ لأَنَّهُ مُتَطَوِّعٌ بِقِيَامِهِ عَلَيهَا ، لا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ شَيْءٌ .

---

(١) المَهْمَهُ : المفازة والبرية القفر .

٣٣١٤٧ - وَقالَ الكُوفِيُّونَ : إلا أنْ يرفَعَها إلى السُّلْطانِ فيعرضُ ذَلِكَ لَهُ .

٣٣١٤٨ - وَقالَ أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحاوِيُّ : لَمْ يُوَافِقْ مَالِكٌ أحَداً مِنَ العُلماءِ عَلى قَوْلِهِ فِي الشَّاةِ إنْ أكَلَها واجِدُهَا ، لَمْ يَضْمَنْها واجِدُها فِي المَوْضِعِ المخوفِ .

٣٣١٤٩ - وَاحْتِجاجُهُ بِقَولِهِ ﷺ : « هِيَ لَكَ أو لأخِيكَ ، أو لِلذِّئْبِ » . لا مَعْنى لَهُ ؛ لأنَّ قَولَهُ : فَهِيَ لَكَ لَيسَ عَلى مَعْنى التَّمْلِيكِ ، كَما أنَّهُ إذا قالَ : « أو لِلذِّئبِ » لَمْ يردْ بِهِ التَّمْلِيكَ ؛ لأنَّ الذِّئبَ لاَ يَمْلكُ ، وَإنَّما يأكُلُها عَلى مِلْكِ صَاحِبِها فَينزلُ عَلى أجْرِ مُصِيبَتِها ، فكَذَلِكَ الوَاجِدُ إنْ أكَلَها عَلى مِلْكِ صَاحِبِها ، فَإنْ جَاءَ ضَمِنَها لَهُ .

٣٣١٥٠ - **قال أبو عمر** : قَولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَديثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو [ابْنِ العَاصِ فِي الشَّاةِ][1] : « هِيَ لَكَ أو لأخِيكَ ، أو لِلذِّئْبِ ، فَرُدَّ عَلى أخِيكَ ضَالَّتَهُ » ، دَلِيلٌ عَلى أنَّ الشَّاةَ عَلى مِلْكِ صَاحِبِها ، فَإنْ أكَلَها أحَدٌ ضَمِنَها .

٣٣١٥١ - وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ : مِنَ اضطُرَّ إلى طَعَامِ غَيْرِهِ ، [فَأكَلَهُ][2] ، فَإنَّهُ يضْمنُهُ ، وَالشَّاةُ المُلْتَقَطَةُ أولى بِذَلِكَ .

٣٣١٥٢ - وَقَدْ أجْمَعَ العُلَماءُ أنَّ صَاحِبَها إنْ جَاءَ قَبْلَ أنْ يأكُلَها الوَاجِدُ لَها أخَذَها مِنْهُ ، وكَذَلِكَ لَو ذَبَحَها أخَذَها مِنْهُ مَذْبُوحَةً ، وكَذَلِكَ لَو أكَلَ بَعْضَها أخَذَ مَا وَجَدَ مِنْها .

٣٣١٥٣ - وَفِي إجْماعِهِمْ عَلى هَذا أوْضَحُ الدَّلائِلِ عَلى مِلْكِ صَاحِبِها لَها بِالفَلَوَاتِ ، وَغَيْرِها .

---

(١) سقط في (ي ، س) .

(٢) سقط في (ك) .

٣٣١٥٤ - وَلا فَرْقَ بَيْنَ قَولِهِ ﷺ فِي الشَّاةِ : « هِيَ لَكَ ، أو لأخِيكَ ، أو لِلذِّئْبِ » ، وَبَيْنَ قَولِهِ فِي اللُّقَطَةِ لِوَاجِدِها : « إِذا عَرَّفْتَها سَنَةً ، وَلَمْ يَأْتِ صَاحِبُها ، فَشَأْنَكَ بِها » ، بَلْ هَذا أَشْبَهُ [بِالتَّمْلِيكِ][١] ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ مَعَهُ فِي لَفْظِ التَّمْلِيكِ دَيْناً ، وَلاَ غيره .

٣٣١٥٥ - وَقَدْ أَجْمَعَ عُلماءُ المُسْلِمِينَ فِي اللُّقَطَةِ أَنَّ وَاجِدَها يغرمُها إِذا استَهلَكَها بَعْدَ الحَوْلِ إِنْ جاءَ صَاحِبُها طَالِباً لَها ، فَالشَّاةُ أَولى بِذَلِكَ قِياساً وَنَظراً .

٣٣١٥٦ - وَقَدْ شَبَّهَ بَعْضُ المُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَصْحَابِنا الشَّاةَ المَوْجُودَةَ بِالفَلاةِ بِالرِّكازِ ، وَهَذِهِ غَفْلَةٌ شَدِيدَةٌ ؛ لأَنَّ الرِّكازَ لَمْ يصحَّ عَلَيه مِلْكٌ لأَحَدٍ قبلَ وَاجِدِهِ .

٣٣١٥٧ - وَالشَّاةُ مِلْكُ رَبِّها لَها صَحِيحٌ مُجْتَمَعٌ عَلَيهِ ، فَلا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْها إِلا بِإِجْمَاعٍ مِثْلِهِ ، أو سُنَّةٍ ، لا إِشْكالَ فِيها ، وَهَذا مَعْدُومٌ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ ، فَوَجَبَ الضَّمانُ فِيها .

٣٣١٥٨ - وَقَدْ قَالَ سَحْنُونُ [فِي المسْتخرجةِ][٢] : إِنْ أَكَلَ الشَّاةَ وَاجِدُها [بِالفَلاةِ][٣] ، أو تَصدَّقَ بِها ، ثُمَّ جاءَ صَاحِبُها ضَمنَها لَهُ[٤] .

٣٣١٥٩ - وَهَذا هُوَ الصَّحِيحُ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

* * *

---

(١) سقط في (ك) .

(٢) سقط في (ي ، س) .

(٣) سقط في (ي ، س) .

(٤) راجع في كل ذلك **التمهيد** (٣ : ١٢٧) وما قبلها .

(٣٩) باب القضاء في استهلاك [العبد][1] اللقطة

٣٣١٦٠ – هَذا البَابُ – أعْني التَّرْجَمة – لَيْسَ عِنْدَ أحَدٍ في « المُوَطَّأ » فِيمَا عَلِمْتُ عَنْ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى ، وأمَّا الخَبَرُ فِيه ، فَهُوَ فِي آخرِ بَابِ القَضاءِ فِي اللُّقَطَةِ ، لاَ فِي بَابٍ مُفْرَدٍ ، وكَانَ صَوَابُهُ أنْ يَكُونَ لَو كَانَ بابَ القَضاءِ فِي اسْتِهْلاَكِ العَبْدِ اللُّقَطَةَ .

١٤٥٦ – قَالَ مَالِكٌ : الأمْرُ عِنْدَنَا فِي العَبْدِ يَجِدُ اللُّقَطَةَ فَيَسْتَهْلِكُهَا ، قَبْلَ أنْ تَبْلُغَ الأجَلَ الَّذِي أُجِّلَ فِي اللُّقَطَةِ ، وذَلِكَ سَنَةٌ : أنَّها فِي رَقَبَتِهِ ؛ إمَّا أنْ يُعْطِيَ سَيِّدُهُ ثَمَنَ مَا اسْتَهْلَكَ غُلامُهُ ، وَإِمَّا أنْ يُسَلِّمَ إِلَيْهِمْ غُلامَهُ ، وَإِنْ أمْسَكَهَا حَتَّى يَأْتِيَ الأجَلُ الَّذِي أُجِّلَ فِي اللُّقَطَةِ ، ثُمَّ اسْتَهْلَكَهَا ، كانَتْ دَيْناً عَلَيْهِ . يُتْبَعُ بِهِ ، ولَمْ تَكُنْ فِي رَقَبَتِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ فِيهَا شَيْءٌ[2] .

٣٣١٦١ – **قال أبو عمر** : كَانَ الشَّافِعِيُّ وَغَيْرُهُ يُخَالِفُ ، قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتابِ اللُّقَطَةِ[3] : وَإِذا الْتَقَطَ العَبْدُ اللُّقَطَةَ ، فَعَلِمَ السَّيِّدُ بِها ، فَأَقَرَّها فِي يَدِهِ ، فَالسَّيِّدُ ضَامِنٌ لَها فِي مَالِهِ مِنْ رَقَبَتِهِ وَغَيْرِها إنِ اسْتَهْلَكَ العَبْدُ .

٣٣١٦٢ – قَالَ المزنيُّ : وَمِمَّا وجدَ بِخَطِّهِ لا أعْلَمُهُ سُمِعَ مِنْهُ : لا يَكُونُ عَلى العَبْدِ غُرْمٌ حَتَّى يعتقَ ، مِنْ قِبَلِ أنَّ لَهُ أخْذَها[4] .

٣٣١٦٣ – قَالَ المزنيُّ : الأوَّلُ أقْيَسُ إِذَا كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ ، وَالعَبْدُ عِنْدِي لَيْسَ لَهُ ذِمَّةٌ[5] .

---

(١) سقط من جميع النسخ .

(٢) الموطأ : ٧٥٨ . ورواية أبي مصعب (٢٩٧٨) .

(٣) من كتاب الأم (٤ : ٦٨) باب « اللقطة الكبيرة » .

(٤) مختصر المزني ، ص : ١٣٥ ، كتاب اللقطة .

(٥) الموضع السابق .

٣٣١٦٤ – قَالَ الشَّافِعِيُّ(١) : فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا السَّيِّدُ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ إِنِ اسْتَهْلَكَهَا قَبْلَ السَّنَةِ ، وَبَعْدَهَا دُونَ مَالِ السَّيِّدِ ؛ لأَنَّ أَخْذَهُ اللُّقَطَةَ عدْوَانٌ ، إِنَّمَا يَأْخُذُ اللُّقَطَةَ مَنْ لَهُ ذِمَّةٌ .

٣٣١٦٥ – قَالَ المزنـيُّ : هَذا أَشْبَهُ ، قَـالَ : وَلا يَخْلُو السَّـيِّدُ إِذا عَلِمَ بِهـا ، وَأَقَرَّها فِي يَدِهِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ تَعَـدِّياً ، فَكَيْفَ لاَ يضْمنُ مَا يتـعدَّى فِـيهِ فِي جَمِـيعِ مَالِهِ ، أَو لا يَكُونُ تَعَدِّياً ، فَلاَ يَعْدُو رَقَبَةَ عَبْدِهِ(٢) .

٣٣١٦٦ – وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ ، فَمَذْهَبُهم أَنَّ كُلَّ مَالٍ اسْتَهْلَكَهُ العَبْدُ بِيعَ فِيهِ ، إِلاَّ أَنْ يَفْدِيَهُ مَوْلاهُ .

* * *

(١) في **الأم** (٤ : ٦٨) باب « اللقطة الكبيرة » .

(٢) مختصر المزني ، ص : ١٣٥ ، كتاب اللقطة .

(٤٠) باب القضاء في الضوال(*)

١٤٥٧ – مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ؛ أَنَّ ثَابِتَ ابْنَ الضَّحَّاكِ الأَنْصَارِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ وَجَدَ بَعِيراً بِالْحَرَّةِ ، فَعَقَلَهُ ، ثُمَّ ذَكَرَهُ لِعُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يُعَرِّفَهُ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ ، فَقَالَ لَهُ ثَابِتٌ : إِنَّهُ قَدْ شَغَلَنِي عَنْ ضَيْعَتِي ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ(١) .

١٤٥٨ – مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ؛ أَنَّ عُمَرَ

(*) **المسألة ٧٠٠** – الضالة يعني لقطة الحيوان ، يجوز التقاطها عند **الشافعية والحنفية** في الأصح عندهم ؛ لحفظها لصاحبها صيانة لأموال الناس ومنعا من ضياعها ووقوعها في يد خائنة ، وكره مالك التقاط ضالة الحيوان ؛ لحديث زيد بن خالد الجهني الذي جاء في آخره : « وسأله رجل عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها دعها فإن معها غذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها .

وروى أبو داود وأحمد وابن ماجه عن جرير بن عبد الله : أنه أمر بضرب بقرة لحقت ببقره حتى توارت وقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يأوي الضالة إلا ضال » . نيل الأوطار (٥ : ٣٣٨) .

وقد أجاب الفريق الأول عن الأحاديث بأن حكمها كان في الماضي حين أهل الصلاح والأمانة فلا تصل إليها يد خائنة ، أما في زماننا فنظراً لكثرة الخيانة يكون في أخذها حفظها على صاحبها .

وقد اتفق العلماء على أن لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد عن العمران أن يأكلها ، لقوله ﷺ في الشاة : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » ، واختلفوا : هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ :

قال **جمهور العلماء** : إنه يضمن قيمتها إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، وقال مالك في أشهر أقواله : إنه لا يضمن أخذاً بظاهر هذا الحديث .

وأما غير ضالة الغنم : فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له أهمية وشأن مدة سنة ؛ لأن النبي ﷺ أمر بتعريف اللقطة سنة واحدة كما ذكرنا في المسألة السابقة .

(١) الموطأ : ٧٥٩ ، ورواية أبي مصعب (٢٩٧٩) ، وانظر المغني (٥ : ٦٤٩ ، ٦٧٥) .

ابْنَ الْخَطَّابِ قَالَ ، وَهُوَ مُسْنِدٌ ظَهْرَهُ ، إِلَى الْكَعْبَةِ : مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً فَهُوَ ضَالٌّ[1] .

١٤٥٩ - مَالِكٌ ؛ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ : كَانَتْ ضَوَالُّ الإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِبِلاً مُؤَبَّلَةً ، تَنَاتَجُ ، لاَ يَمَسُّهَا أَحَدٌ ، حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا . ثُمَّ تُبَاعُ ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا ، أُعْطِيَ ثَمَنَهَا[2] .

٣٣١٦٧ - **قال أبو عمر** : رَوَى هَذَا الخَبَرَ سُفْيَانُ بنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ مَعمرٍ ، عَنِ الزُّهريِّ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، قَالَ : كَانَتْ ضَوَالُّ الإِبِلِ في زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ تَنَاتَجُ هملاً لا يُعْرَفُ لَها أَحَدٌ ، فَلَمَّا كَانَ عُثْمانُ وَضَعَ عَلَيها مِيْسَمَ الصَّدَقَةِ .

وَهُوَ فِي « المُوَطَّأ » لِمَالِكٍ ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ لَمْ يَتَجاوزْ بِهِ ابْنَ شِهابٍ ، وَلَمْ يَذْكُرْ سَعِيدَ بْنَ المُسَيَّبِ ، وَسِيَاقَةُ مَالِكٍ لَهُ عَنِ ابْنِ شِهابٍ أَتَمُّ مَعْنىً ، وَأَحْسَنُ لَفْظاً .

٣٣١٦٨ - **قال أبو عمر** : فِي « المُدَوَّنةِ » عَنْ مَالِكٍ ، وَابْنِ القاسِمِ ، وَأَشْهَبَ : إِذا كَانَ الإِمامُ عَدْلاً أُخِذَتِ الإِبِلُ ، وَدُفِعَتْ إِلَيهِ لِيُعَرِّفَها ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها ، وَإِلا رَدَّها إِلى المَكانِ الَّذي وَجَدَها فيهِ .

٣٣١٦٩ - قَالَ ابْنُ القَاسِمِ : هَذا رَأْيٌ عَلى مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ فِي ذَلِكَ .

---

(١) الموطأ : ٧٥٩ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٨٠) ، وروي مرفوعاً أخرجه أبو داود في اللقطة ، ح (١٧٢٠) ، ص (٣ : ١٣٩) ، والنسائي في الضوال في سننه الكبرى على ما جاء في « تحفة الأشراف » (٢ : ٤٣٢) ، وابن ماجه في اللقطة (٢٥٠٣) باب « ضالة الإبل والغنم » (٢ : ٨٣٦) من حديث جرير بن عبد الله ، عن النبي ﷺ .

(٢) الموطأ : ٧٥٩ ، والموطأ برواية أبي مصعب (٢٩٨١) ، ومعرفة السنن والآثار (٩ : ١٢٤٤٣) .

٣٣١٧٠ - وَقالَ أَشْهَبُ : إِنْ لَمْ يَأْتِ رَبُّهـا بَاعَها ، وَأَمْسَكَ ثَمَنَهـا ؛ عَلى مَا جاءَ عَنْ عُثْمانَ(١) .

٣٣١٧١ - قَالُوا : وَإِنْ كَانَ الإِمَـامُ غَيْرَ عَدْلٍ لَمْ تُؤْخَـذْ ضَالَّةُ الإِبِلِ ، وَتُرِكَتْ فِي مكَانِها .

٣٣١٧٢ - وَأَمَّـا ضَالَّـةُ البَقَـرِ ، فَـقَـالَ ابْنُ القَاسِـمِ : إِنْ كَانَتْ بِمَـوْضِعٍ يَخـافُ عَلَيها ، فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الشَّاةِ ، وَإِنْ كَانَ لا يَخافُ عَلَيها ، فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ البَعِيرِ .

٣٣١٧٣ - وَرَوى ابْنُ وَهبٍ ، عَنْ مَالِكٍ مِثْلَ ذَلِكَ .

٣٣١٧٤ - وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ كـانَ لَها مِنْ أَنْفُسِها مَنَعَـةٌ فِي المَرْعى كَالإِبِلِ ، فَهِيَ كَالإِبِلِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فهي كَالغَنَمِ .

٣٣١٧٥ - وَقَالَ الشَّـافعيُّ : لَيْسَ البَـقَرُ ، وَالإِبِلُ كَـالغَنَمِ ؛ لأَنَّ الغَنَمَ لاَ تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِـها ، وَالإِبِلُ وَالبَقَرُ تَدْفَعُ عَنْ أَنْفُـسِها ، وَتَرِدَانِ المِيَـاهَ ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ ، وَتَعِيشَانِ فِي المَرْعى ، وَالمَشْرَبِ بِلا رَاعٍ ، فَلَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يعرضَ لِوَاحِدَةٍ مِنْها .

٣٣١٧٦ - قَالَ : وَالخَيْلُ ، والبغَالُ ، وَالحَمِيرُ كَالبَعِيرِ ؛ لأَنَّ كُلَّها قَوِيٌّ مُمتنعٌ مِنْ صِغَـارِ السِّبَـاعِ بَعِيـدُ الأثرِ فِي الأَرْضِ كالظَّبْي ، والأَرْنبِ ، وَالطَّيْـرِ المنعتـةِ بالاحْتِيَالِ والسّرعةِ .

٣٣١٧٧ - وَقالَ فِي مَوْضعٍ آخَرَ : جَاءَ النَّصُّ فِي الإِبلِ ، والبَقَرِ قِيَاساً عَلَيها .

٣٣١٧٨ - **قال أبو عمر** : ذَهَبَ مَـالِكٌ ، وَالشَّـافِعِيُّ فِي ضَـوَالِّ الإِبِلِ إلى قَـولِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أَنَّ البَعِيرَ لاَ يُؤْخَذُ ، وَيُتْرَكُ حَيْثُ وُجِدَ .

---

(١) انظر **التمهيد** (٣ : ١٥٢) .

٣٣١٧٩ - وَبِهِ قَالَ الأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ .

٣٣١٨٠ - وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ ، فَلَمْ يَقُولُوا بِما رُوِيَ [عَنْ عُمَرَ][1] فِي الضَّوَالِّ .

٣٣١٨١ - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، [وَأَصْحَابُهُ][2] : سَوَاءٌ كَانَتِ اللُّقَطَةُ بَعِيراً ، أَو شَاةً ، أَو بَقَرةً ، أَو حِماراً ، أَو بَغْلاً ، أَو فَرساً يَأْخُذُ ذَلِكَ الوَاجِدُ لَهُ ، وَيُعَرِّفُهُ ، وَيُنْفِقُ عَلَيهِ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ ، فَاسْتَحَقَّهُ ، كَانَ مُتَبَرِّعاً بِما أَنْفَقَ ، إِلا أَنْ يَكُونَ أَنْفَقَ بِأَمْرِ القَاضِي ، فَيَكُونُ مَا أَنْفَقَ عَلَى الضَّالَّةِ دَيْناً فِي رَقَبَتِهَا ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، دَفَعَ ذَلِكَ إِلَيهِ ، [وَإِلا بِيعَتْ لَهُ][3] ، وَأَخَذَ نَفَقَتَهُ مِنْ ثَمَنِهَا ، فَإِنْ رَأَى القَاضِي قَبْلَ مَجِيءِ صَاحِبِهَا الأَمْرَ بِبَيْعِهَا ؛ لِمَا رَآهُ فِي ذَلِكَ مِنَ الصَّلاحِ لِصَاحِبِهَا أَمَرَ بِبَيْعِهَا ، وَيحفظُ ثَمَنَهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، وَإِنْ كَانَ غُلاماً أَجرَهُ القَاضِي وَأَنْفَقَ عَلَيهِ مِنْ أَجْرَتِهِ ، وَأَنَّ ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ أَيضاً فعلهُ .

٣٣١٨٢ - قَالُوا : وَمَنْ وَجَدَ بعيرا ضَالاً ، فَالأَفْضَلُ لَهُ أَخْذُهُ ، وَتَعْرِيفُهُ ، وَأَلا يَتْرُكَهُ ، فَيَكُونَ سَبَباً لِضَيَاعِهِ وَقَدْ ذَكَرْنا حُجَّتَهُم فِي ذَلِكَ فِيمَا تَقَدَّمَ ، وَالحَمْدُ للهِ كَثِيراً .

* * *

(١) ، (٢) سقط في (ك) .

(٣) ما بين الحاصرتين سقط في (ك) .

(٤١) باب صدقة الحي عن الميت

١٤٦٠ - مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ شُرَحْبِيلَ بْنِ سَعِيدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ عُبادَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ سَعْدُ بْنُ عُبادَةَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعْضِ مَغَازِيهِ؛ فَحَضَرَتْ أُمَّهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ؛ فَقِيلَ لَهَا: أَوْصِي. فَقَالَتْ فِيمَ أُوصِي ؟ إِنَّما الْمَالُ مَالُ سَعْدٍ؛ فَتُوُفِّيَتْ قَبْلَ أَنْ يَقْدَمَ سَعْدٌ، فَلَمَّا قَدِمَ سَعْدُ ابْنُ عُبادَةَ ذُكِرَ ذَلِكَ لَهُ. فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! هَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ» فَقَالَ سَعْدٌ: حَائِطُ كَذَا وَكَذَا صَدَقَةٌ عَنْهَا لِحَائِطٍ سَمَّاهُ[1].

٣٣١٨٣ - هكَذَا قَالَ يَحْيَى، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرٍو، وَتَابَعَهُ أَكْثَرُ الرُّوَاةِ مِنْهُم ابْنُ القَاسِمِ، وَابْنُ وَهْبٍ، وَابْنُ بكيرٍ، وَأَبُو المُصعبِ، وَقَالَ فِيهِ القعنبيُّ سَعْدُ بْنُ عَمْرٍو، وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ البُرَقِي سَعْدُ بْنُ عَمْرِو بْنِ شُرَحْبِيلَ كَما قَالَ القعنبيُّ؛ لأَنَّ سَعِيدَ بْنَ سَعْدِ بْنِ عُبادَةَ لَهُ صُحْبَةٌ، قَدْ رَوَى عَنْهُ أَبُو أُمامَةَ بْنُ سَهْلِ بْنِ حنيفٍ وَغَيْرُهُ[2].

١٤٦١ - مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ؛ أَنَّ رَجُلاً قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ أُمِّي افْتُلِتَتْ نَفْسُهَا. وَأُرَاهَا لَوْ

---

(١) الموطأ: ٧٦٠، وأخرجه بهذا السياق النسائي في الوصايا، باب إذا مات الفجأة هل يستحب لأهله أن يتصدقوا عنه ؟ عن الحارث بن مسكين، عن ابن القاسم، عن مالك به.

(٢) انظر ترجمته (رضي الله عنه) في الإصابة (٣ : ٩٧) الترجمة رقم (٣٢٥٥)، وقد اختلف فيه قول ابن حبان فذكره في الصحابة، وفي ثقات التابعين.

تكلَّمَتْ تَصَدَّقَتْ ، أفأتَصدَّقُ عَنْهَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « نَعَمْ »[١] .

٣٣١٨٤ - [٢][قال أبو عمر : أظُنُّ هَذا الرَّجُلَ سَعْدَ بْنَ عُبادَةَ .

٣٣١٨٥ - وَرَوى ابنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ [عَمْرٍو][٣] عَنْ عِكْرِمَةَ أنَّ سَعْدَ بنَ عُبادَةَ أتى النَّبيَّ ﷺ ، فَقالَ : يا رَسُولَ اللَّهِ ! إنَّ أُمِّي مَاتَتْ ، ولَمْ تُوصِ أفأتَصدَّقُ عَنْها ، قالَ : نَعَمْ .

٣٣١٨٦ - [قَالَ سُفْيانُ : قَالَ عَمْرٌو : وأخْبَرَنِي ابنُ المُنكدِرِ أنَّ سَعْدَ بْنَ عُبادَةَ ، قالَ : يا رَسُولَ اللَّهِ ! إنَّ أُمَّ سَعْدٍ مَاتَتْ ، ولَمْ تُوصِ ، أفَيَنْفَعُها أنْ أتَصَدَّقَ عَنْها ؟ قالَ « نَعَمْ »][٤] .

قَالَ : فإنَّها تَرَكَتْ مخرفاً أشهدكَ أنِّي قَدْ تَصَدَّقْتُ بِهِ عَنْها][٥]

قَالَ سُفْيَانُ : ثُمَّ أتَيتُ ابْنَ المُنكدِرِ ، فَحَدَّثَنِي بِهِ .

٣٣١٨٧ - وَالأحَادِيثُ فِي قِصَّةِ أُمِّ سَعْدِ بنِ عُبادَةَ هَذِهِ مُتَواتِرَةٌ مُسْنَدَةٌ ، وَمُرْسَلَةٌ ، وَقَدْ ذَكَرْنا كَثِيراً مِنْها فِي « التَّمْهِيدِ » .

٣٣١٨٨ - وَالعُلَماءُ كُلُّهم مُجْمِعُونَ عَلى أنَّ صَدَقَةَ الحَيِّ عَنِ المَيِّتِ جَائِزَةٌ مُسْتَحبَّةٌ ، وَهَذا الحَدِيثُ ، وَمَا كانَ مِثْلَهُ مُتَلَقَّى عِنْدَهُم بِالقَبُولِ وَالعَمَلِ .

---

(١) الموطأ : ٧٦٠ ، وأخرجه البخاري في الوصايا ، « باب ما يستحب لمن يتوفى فجأة أن يتصدقوا عنه ، وقضاء النذور عن الميت » .

وأخرجه النسائي في الوصايا أيضاً ، « باب إذا مات الفجأة هل يستحب لأهله أن يتصدقوا عنه ؟

(٢) بداية سقط وقع في نسختي (ي ، س) .

(٣) من (ط) فقط .

(٤) ما بين القوسين سقط في (ط) .

(٥) نهاية السقط في (ي ، س) .

٣٣١٨٩ - وأمَّا حَديثُ هِشامِ بنِ عُرْوةَ عن أبيهِ ، عَنْ عائشةَ فمُسْنَدٌ صَحِيحٌ مَعْمولٌ بِهِ ، وَهُوَ فِي مَعْنى الحَديثِ الأوَّلِ .

٣٣١٩٠ - وَذَلِكَ كُلُّهُ يَدُلُّكَ عَلى أنَّ الصَّدَقَةَ على المَوْتى بِالمَالِ خِلافُ أعْمَالِ الأبْدانِ عِنْدَهُم ؛ لأنَّهُم لاَ يَجُوزُ أنْ تُقْضى صَلاةٌ عَنْ أحَدٍ عِنْدَ الجَمِيعِ ، وكَذَلِكَ الصِّيامُ عِنْدَ الجُمْهُورِ والأكْثَرِ .

٣٣١٩١ - وأمَّا قَولُهُ فِي حَديثِ هِشامٍ : « أُفْتُلِتَتْ نَفْسُها » ، فَمَعْناهُ اخْتُلِسَتْ مِنْهَا نَفْسُها ، وَمَاتَتْ ، فَجْأَةً ،

٣٣١٩٢ - قال الشاعر :

مَنْ يَأْمَنِ الأيَّامَ بَعْدَ صبيرةِ القرشيِّ مَاتا
سَبَقَتْ مَنِيَّتُهُ المَشيبَ ، وكَانَتْ مَنيتُهُ افْتِلاتَا

٣٣١٩٣ - قَالَ أبو بكرِ بْنُ شَاذانَ : سَألْتُ أبا زَيْدٍ النحويَّ ، عَنْ قَولِ عُمَرَ : « كَانَتْ بَيْعَةُ أبي بكْرٍ فلتةً » ، وقى اللهُ شرَّها ، فَقالَ : أرادَ كَانَتْ فَجْأَةً ، وأنشد قول الشاعر :

وكَانَتْ مِيتَتُهُ افْتِلاتَا .

٣٣١٩٤ - قَالَ : وتَقولُ العَرَبُ إذَا رأَتِ الهِلالَ بِغَيْرِ قَصْدٍ إلى ذَلِكَ : رأيْتُ الهِلاَلَ فلتةً .

٣٣١٩٥ - قَالَ خَالِدُ بْنُ يزيدَ أبو مُصعبٍ ؛ فإن تَفْتَلِتْها فالخلافَةُ تَنفَلَّتْ بأكرم علقي منبرٍ وسرير .

١٤٦٢ - مَالِكٌ ؛ أنَّهُ بَلَغَهُ أنَّ رَجُلاً مِنَ الأنْصَارِ مِنْ بَني الْحَارِثِ بْنِ

الْخَزْرَجِ ، تَصَدَّقَ عَلَى أَبَوَيْهِ بِصَدَقَةٍ ، فَهَلَكَا ، فَوَرِثَ ابْنُهُمَا الْمَالَ ، وَهُوَ نَخْلٌ ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : « قَدْ أُجِرْتَ فِي صَدَقَتِكَ . وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ »[(١)].

٣٣١٩٦ - **قال أبو عمر** : رُوِيَ هَذَا الحَدِيثُ مِنْ وُجُوهٍ عَنِ النبيِّ ﷺ بِمَعْنَى وَاحِدٍ ، أَحْسَنُها حَدِيثُ بريدةَ الأسلميِّ .

٣٣١٩٧ - أَخبَرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ[(٢)] [أَخبَرَنَا مُحَمَّدُ][(٣)] بْنُ بكرٍ حَدَّثَنِي أَبُو دَاوُدَ ، قَالَ : حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُونُسَ ، قَالَ : حَدَّثَنِي زُهيرٌ ، قَالَ : حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ [ابْنُ عَطَاءٍ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ][(٤)] بْنِ بريدةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَتْ : كُنْتُ تَصَدَّقْتُ على أُمِّي بِوَلِيدَةٍ ، وأَنَّها مَاتَتْ ، وتَرَكَتْ تِلْكَ الوَلِيدَةَ ، قَالَ : « وَجَبَ أَجْرُكِ ، وَرَجَعَتْ إِلَيكِ بِالمِيرَاثِ »[(٥)] .

---

(١) الموطأ : ٧٦٠ ، ورواية أبي مصعب ، **والتمهيد** (٢٤ : ٤٠٦) .

(٢) هو عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن شيخ ابن عبد البر .

(٣) سقط في نسخة **(ك)** .

(٤) سقط في الأصول .

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الصيام ، ح (٢٦٥٥ - ٢٦٥٧م) ، باب قضاء الصيام عن الميت (٤ : ٣٤٥ - ٣٤٦) من طبعتنا .

وأبو داود في الزكاة ، ح (١٦٥٦) ، باب من تصدق بصدقة ثم ورثها (٢ : ١٢٤) . وفي الوصايا ، ح (٢٨٧٧) ، باب ما جاء في الرجل يهب الهبة ، ثم يوص له بها أو يرثها (٣ : ١١٦) ، والترمذي في الزكاة ، ح (٦٦٧) ، باب ما جاء في المتصدق يرث صدقته (٣ : ٤٥ - ٤٦)

وأعاده في الحج (٩٢٩) ، باب ما جاء في الحج عن الشيخ الكبير ، والميت ، (٣ : ٢٦٠) بقصة الحج عن أمها فقط ، والنسائي في الفرائض في الكبرى على ما جاء في تحفة الأشراف (٢ : ٨٥) ، وابن ماجه في الصيام (١٧٥٩) ، باب من مات وعليه صيام نذر (١ : ٥٥٩) =

٣٣١٩٨ - وَقَدْ رُوِيَ هَـذا الحَديثُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدِ بْنِ عَبْدِ رَبِّهِ الأنْصَارِيِّ الحَارِثِيِّ الخزرجيِّ ، - وَهُوَ الَّذِي أُرِيَ الأذانَ فِي المَنامِ - عَنِ النبيِّ ﷺ مِنْ وَجْهٍ فِيهِ لِينٌ ، ولَكِنَّهُ يُحْتَمَلُ .

٣٣١٩٩ - وَجُمْهُورُ العُلماءِ عَلَى القَولِ بِهَذا الحَدِيثِ ، ولَمْ يَخْتَلِفْ أَئِمَّةُ الفَتْوى بِالحِجازِ ، وَالعِرَاقِ ، مِنْهُم مَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وأَبُو حَنِيفَةَ ، وأَصْحَابُهم فِي العَمَلِ بِهِ .

٣٣٢٠٠ - وكانَ الحَسَنُ بْنُ حَيٍّ يَسْتَحِبُّ لِمَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ ، ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَيهِ بِالمِيرَاثِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِها .

٣٣٢٠١ - وَشَذَّتْ فِرْقَةٌ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ لَمْ تَعْرِفِ الحَدِيثَ ، فكَرِهَتْ لَهُ أَخْذَها بِالمِيرَاثِ ، وَرَأَتْهُ مِنْ بَابِ الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ .

٣٣٢٠٢ - وَقَدْ مَضى قَولُنا فِي الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ فِي مَواضِعَ مِنْ هَذَا الكِتَابِ :

٣٣٢٠٣ - منها حَدِيثُ عُمَرَ فِي الفرسِ ، وَمِنْها حَدِيثُ عَائِشَةَ فِي قِصَّةِ لَحْمِ بَرِيرةَ ، فَأَغْنى ذَلكَ عَنْ إِعادَتِهِ هُنا .

٣٣٢٠٤ - وَروينا عَنْ مَسْرُوقٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ بالصدقةِ ، ثُمَّ يَرُدُّها إِليهِ بِالمِيرَاثِ ، فَقالَ : مَا رَدَّ عَلَيكَ القُرآنُ ، فكُلْ .

= وأعاده في الأحكام ، ح (٢٣٩٤) ، باب من تصدق بصدقة ثم ورثها (٢ : ٨٠٠) .

ورواه النسائي من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه في الفرائض في سننه الكبرى على ما جاء في تحفة الأشراف (٢ : ٧٥) .

ومن هذا الوجه أخرجه مسلم أيضاً ، ح (٢٦٥٨) ، الموضع السابق ذكره بأول هذه الحاشية .

٣٣٢٠٥ - **قال أبو عمر** : لا مَعْنى لِقَولِ مَنْ كَرِهَ رُجُوعَ الصَّدَقَةِ إلى المُتَصَدِّقِ بها بِالمِيراثِ ؛ لأنَّهُ مُخالِفٌ لِظَاهِرِ القُرآنِ فِي عُمُومِ آياتِ المَوَارِيثِ ، وَمُخَالِفٌ الأَثَرَ ، وَجُمْهُورَ العُلماءِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقَ .

* * *

هذا آخر ٣٦ - كتاب الأقضية ، وهو نهاية المجلد الثاني والعشرين

وَسَنُقَفِّي من بعده - إن شاء الله تعالى - بالمجلد الثالث والعشرين وأوله : ٣٧ - كتاب الوصية ، ونحمده سبحانه وتعالى على ما أولى ، ونسأله العصمة من الزلل ، فيما نأتنف من عمل والحمد لله رب العالمين .



فهرس محتوى كتب وأبواب وأحاديث وآثار وأبحاث ومسائل المجلد الثاني والعشرين من « الاستذكار » الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه "الموطأ" من معاني الرأي والآثار

الموضوع — رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

* * *

تم بحمد الله فهرس محتوى المجلد الثاني والعشرين ،

وآخر دعوانا : أن الحمد لله رب العالمين .